

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 3, Novembre 2020

*Le frontiere – ha affermato il grande viaggiatore norvegese Thor Heyerdhal –
Esistono eccome. Nei miei viaggi ne ho incontrate molte e stanno tutte nella mente
degli uomini.*

(Aime M., *Eccessi di culture*, Torino, Einaudi, 2004)

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

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

Comitato scientifico internazionale

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

Redazione

Mauro Nicastro

Rubriche

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

Indice

Editoriale, di *Monia Giovannetti*

Saggi

Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti
di *William Chiaromonte* e *Madia D’Onghia*

Lavoro, politiche migratorie e sfruttamento: la condizione dei braccianti migranti in agricoltura
di *Carlo Caprioglio* ed *Enrica Rigo*

I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze
di *Michela Tuozzo*

Il diritto di asilo e la sua multiforme (non) attuazione
di *Francesca Rescigno*

Le procedure accelerate per l’esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell’art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008
di *Noris Morandi*

Commenti

La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi “sicuri” e un preoccupante salto all’indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della grande camera sul caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*
di *Cesare Pitea*

Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera
di *Erika Colombo*

La sentenza *M.N. e al. c. Belgio* alla luce di *X e X*: la conferma della prudenza delle Corti o un impulso allo sviluppo di canali di ingresso legali europei?
di *Fabrizia Camplone*

Le domande reiterate di protezione internazionale: brevi considerazioni alla luce delle modifiche normative introdotte dal d.l. 113/18 e dal d.l. n. 130/2020

di *Cecilia Pratesi*

Rassegna di giurisprudenza europea

(periodo 1 maggio 2020 – 31 agosto 2020)

Corte europea dei diritti umani

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare.

Corte di giustizia dell'Unione europea

Trattenimento di richiedenti asilo e cittadini di Paesi terzi in situazione irregolare: aspetti sostanziali e procedurali – Procedimenti per il riconoscimento di *status*: diritto al colloquio individuale – Allontanamento di cittadino di Paese terzo soggiornante di lungo periodo: garanzie procedurali – Ricongiungimento familiare di minorenni – Circolazione di familiari di cittadini dell'Unione: rapporto tra carta di soggiorno e visto di ingresso.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento

ESPULSIONI: Profili sostanziali: l'obbligo di valutazione dei legami familiari – Profili procedurali. TRATTENIMENTO: Avviso al difensore – Contraddittorio e proroga, presenza dello straniero trattenuto – Competenza – Legittimazione passiva – Provvedimento presupposto – Sospensione del provvedimento di espulsione presupposto – Efficacia del decreto di espulsione emesso quale misura alternativa alla detenzione – Rito applicabile per l'impugnazione del provvedimento di convalida – Durata del trattenimento e pregressa limitazione della libertà personale – Trattenimento del richiedente asilo, termini – Misure alternative al trattenimento.

Ammissione e soggiorno

Il permesso di soggiorno per cure mediche – La regolarizzazione 2020 (art. 103 d.l. n. 34/2020).

Asilo e protezione internazionale

Lo *status* di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – La protezione umanitaria nel procedimento di protezione internazionale – Questioni procedurali e diritti civili – I provvedimenti ex regolamento n. 604/2013 Dublino III – Le misure di accoglienza.

Cittadinanza e apolidia

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato alla fine del 1800. Facoltà di rinuncia a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza originaria. Suo mancato esercizio. Effetti. Art. 11 cod. civ. 1865 e art. 8 l. 13.6.1912. Conservazione dello *status civitatis* italiano. Accertamento giurisdizionale della cittadinanza per ritardo nell'attività delle autorità

consolari. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai figli. c) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da capostipite suddito del Regno di Sardegna. Successione del Regno d'Italia e corrispondenti effetti in materia di attribuzione della cittadinanza italiana. Irrilevanza della situazione di emigrato all'estero. Successiva trasmissione della cittadinanza a figlia maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai figli – Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Rigetto della domanda da parte del prefetto per pretesa sussistenza di comprovati motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. Precedenti penali a carico del marito della richiedente. Competenza esclusiva del Ministero dell'interno per la valutazione dei suddetti motivi. Mancato parere conforme del Consiglio di Stato. Vizio di incompetenza del provvedimento prefettizio. b) Acquisto della cittadinanza da parte di cittadino straniero residente all'estero. Rifiuto dell'Ambasciata italiana di consegnare il provvedimento ministeriale di attribuzione e di procedere al giuramento a causa del divorzio dei coniugi intervenuto nel frattempo. Riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in tema di acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio. Competenza del giudice ordinario sul conseguente ricorso della richiedente. c) Acquisto della cittadinanza da parte di cittadino straniero residente all'estero. Richiesta da parte dell'Ambasciata italiana di un certificato penale redatto dall'autorità straniera. Mancata esibizione. Rigetto della domanda. Ampiezza della valutazione discrezionale della P.A. nell'ambito del suddetto procedimento di acquisto – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rigetto a causa di precedenti penali e della loro omessa dichiarazione. b) Rigetto a causa di contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza nazionale. c) Apprezzamento di opportunità sullo stabile inserimento del soggetto nella comunità nazionale, anche sotto il profilo indiziario. d) Criterio relativo all'adeguatezza del reddito. Parametri di valutazione. Situazione di disabilità. Necessità di parametri differenti e di una compiuta indagine su altri elementi di valutazione. e) Dispensa dall'esibizione dei certificati da ottenere, ai fini dell'istanza di concessione della cittadinanza, dalle autorità del proprio Stato di origine. Parificazione del titolare di protezione sussidiaria al rifugiato. f) Decreto di conferimento della cittadinanza. Necessaria prestazione del giuramento di fedeltà alla Repubblica. Individuo detenuto in carcere cui è stato revocato il permesso di soggiorno. Mancanza della residenza legale in Italia. Rifiuto dell'ufficiale di stato civile di raccogliere il giuramento – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori

FAMIGLIA: Ricongiungimento del genitore del rifugiato: prova del legame familiare e della vivenza a carico – Prova della vivenza a carico del genitore resa in corso di causa; rilevanza delle presunzioni ai fini della prova della vivenza a carico – Rilievo della presenza di un figlio con cui lo straniero intrattiene rapporti, ai fini della decisione sulla legittimità dell'espulsione. MINORI: Art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998: i figli minori della coppia di stranieri già presenti in Italia si presumono vulnerabili e quindi meritevoli di tutela.

Non discriminazione

Buoni spesa – Contributo per permesso di soggiorno – Indennità di maternità di base – Bonus bebè – Assegno di invalidità – Il possesso di un immobile all'estero e l'accesso all'edilizia residenziale pubblica – Discriminazione per ragioni di provenienza geografica ovvero di nazionalità – Destinazione dei proventi della gestione del patrimonio della Riserva Fondi UNRRA.

Penale

Il caso Vos Thalassa – Sui fatti accaduti nel campo di Zawia (Libia) – Il delitto di illecito reingresso.

Osservatorio europeo

(periodo 1 maggio 2020 – 31 agosto 2020)

Atti di indirizzo

COVID, restrizioni ai viaggi non essenziali nell'Unione europea e revoca dei controlli alle frontiere interne – Cooperazione con i Paesi dei Balcani occidentali.

Atti adottati

Accordi di riammissione e di facilitazione dei visti con la Bielorussia – Collaborazione della guardia europea di frontiera e di costiera con il Montenegro e la Serbia.

Varie

Programma volontario di ricollocamento dalla Grecia – Integrazione.

Osservatorio italiano

(periodo 1 maggio 2020 – 31 agosto 2020)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

L'emersione dei rapporti di lavoro irregolari degli stranieri – Modalità per la presentazione delle domande di emersione di rapporti di lavoro e per le domande di permesso di soggiorno temporaneo – Proroga dell'ospitalità nelle strutture di accoglienza per i richiedenti asilo durante lo stato di emergenza – Determinazione e destinazione del contributo forfettario per le somme dovute dal datore di lavoro, relativamente ai rapporti di lavoro irregolare – Semplificazione dell'ingresso e del soggiorno per investitori – Limitazione degli ingressi degli stranieri provenienti da Stati ad elevato rischio di contagio da pandemia da Coronavirus – Determinazione del contingente triennale 2020/2022 per l'ingresso di stranieri per la partecipazione a corsi di formazione professionali e tirocini – Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza di illegittimità costituzionale – Misure di attuazione delle norme sull'emersione dei rapporti di lavoro irregolari degli stranieri.

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Rapporti, riviste e siti internet

Recensione a: Luca Masera, Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri, Torino, Giappichelli, 2020, di Giovanni Tarli Barbieri

EDITORIALE

MONIA GIOVANNETTI

Editoriale

La fase di grande incertezza nella quale ci troviamo, solo in parte determinata dalla crisi pandemica in corso, ci impone, ancora più rispetto al passato, di riflettere e valutare l'evoluzione e gli effetti delle politiche migratorie.

Nonostante, da oltre vent'anni, l'immigrazione sia uno degli argomenti più discussi nel dibattito politico italiano ed europeo, ancora oggi le istituzioni eurounitarie e nazionali trovano difficoltà ad elaborare politiche atte a garantire ingressi legali e sicuri così come continuano a mancare misure idonee volte a stabilizzare la permanenza dei cittadini stranieri sui territori.

La dimensione europea delle politiche migratorie si è sviluppata principalmente intorno a obiettivi di controllo, contenimento e prevenzione dei flussi irregolari e ad una sempre più rigorosa e progressiva riduzione dell'accesso al diritto d'asilo. Al contempo le risposte date dai singoli Stati membri, ed in particolare dal nostro Paese, si sono caratterizzate per la mancanza di una politica attiva degli ingressi, per l'approccio spesso emergenziale e per l'alta discrezionalità amministrativa nel trattamento degli stranieri.

A oltre vent'anni dall'entrata in vigore del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) continuare a considerare l'immigrazione un fenomeno transitorio (e non strutturale come invece è da anni) – oggetto di un'agenda politica pubblica intrisa dalla logica emergenziale che ha alimentato la retorica pubblica securitaria e si è tradotta in politiche di esclusione e “disprezzo per il diritto” –, ha portato all'inarrestabile processo di affievolimento, precarizzazione e negazione dei diritti degli stranieri come ben ricostruito nell'analisi diacronica e corale contenuta nel volume *Ius migrandi* pubblicato in occasione del ventennale dalla nascita di questa Rivista.

Dopo un trentennio, gli effetti sociali più evidenti di queste politiche inadeguate sono rinvenibili nell'elevato numero di ingressi irregolari, nel continuo ricrearsi di segmenti d'immigrazione irregolare occupata nel lavoro sommerso e a forte rischio di sfruttamento, nell'incorporazione/integrazione subalterna che ha fortemente limitato le opportunità di avanzamento sociale dei cittadini stranieri, nonché nella distanza che separa italiani e stranieri anche a causa del diffondersi di atteggiamenti ostili e discriminatori nei confronti di questi ultimi.

I contributi pubblicati in questo numero della Rivista, affrontano diversi aspetti relativi alla condizione del cittadino straniero ma in particolare, mettendo ancora una volta in luce l'interconnessione tra politica interna e internazionale, affrontano sostanzialmente il tema della regolazione dell'accesso al lavoro da parte degli immigrati, della tormentata e continua regolamentazione relativa al diritto d'asilo che ne rende sempre più complicato l'accesso, e di come l'emergenza sanitaria stia modificando i processi migratori ridefinendone le procedure di accoglienza e rimpatrio.

Il saggio di apertura a cura di William Chiaromonte e Madia D'Onghia, passando in rassegna i provvedimenti di regolarizzazione degli stranieri che dagli anni '80 in poi hanno rappresentato il cardine delle politiche migratorie italiane, ben evidenziano l'assenza di una volontà politica atta a programmare l'ingresso e il soggiorno regolare per motivi di lavoro e la storica rinuncia, di fatto, da parte del nostro Paese a "governare" la migrazione. Gli autori, soffermandosi poi sulla procedura e sulle condizioni di accesso al recente provvedimento di regolarizzazione adottato dall'Esecutivo per far fronte all'emergenza sanitaria (art. 103, d.l. n. 34/2020, c.d. Decreto rilancio), ne evidenziano i principali profili di criticità al fine di gettare un cono di luce sugli aspetti che ne hanno limitato e condizionato l'efficacia applicativa in particolare proprio in quel settore produttivo, l'agricolo, considerato prioritario nelle intenzioni del Governo per far fronte alle situazioni di precarietà, marginalità e vulnerabilità prodrome allo sfruttamento. Purtroppo, come messo in luce anche dal contributo di Carlo Caprioglio ed Enrica Rigo, i bassi numeri relativi alle domande presentate afferenti al settore dell'agricoltura rivelano l'inadeguatezza della misura a incidere in modo determinante sulla condizione giuridica dei braccianti agricoli e sul contrasto al caporalato. Le ragioni di fondo del fallimento prescindono dal provvedimento in sé e riguardano la gestione più complessiva delle politiche migratorie. Per affrontare la dimensione sistemica dello sfruttamento in agricoltura, è difatti necessario partire dall'impatto che il controllo delle frontiere ha sulle condizioni di lavoro, ricostruire un sistema di regole e di garanzie per rendere legali gli spostamenti umani e, al contempo, adottare interventi regolativi che incidano sull'organizzazione della filiera produttiva in settori, come quello agricolo, caratterizzato da stagionalità.

L'invito di Caprioglio e Rigo ad interrogarsi sul nesso tra regolazione della mobilità transnazionale e la gestione del mercato del lavoro, ci porta ad affrontare l'altro tema sempre attuale e presente anche in questo numero della Rivista, ovvero quello afferente alla protezione internazionale. Mentre il tema del lavoro è, nell'ultimo decennio, pressoché scomparso dal discorso pubblico e dalle politiche migratorie europee e italiane, con conseguente restrizione dei canali di ingresso per lavoro, uno spazio sempre più rilevante è stato occupato dall'asilo e dalle altre forme di protezione che oggi rappresentano, in termini di permessi di soggiorno, un quarto del totale dei titoli rilasciati annualmente nei territori dell'Unione europea ed un terzo dei nuovi permessi rilasciati a fine 2018 in Italia. Il canale della protezione internazionale e il rilascio di permessi di soggiorno per motivi umanitari è divenuto negli ultimi anni il modo principale, se non l'unico, tramite il quale vi è stata la possibilità di riconoscere giuridicamente e di regolarizzare il soggiorno delle persone giunte in Italia. E probabilmente, proprio a causa di questa torsione indotta dalle miopi politiche migratorie, sempre nell'ottica di controllare e contenere, che negli ultimi cinque anni il sistema di asilo italiano è stato interessato da numerose riforme strutturali di ampia portata, che hanno inciso, come ricorda nel suo contributo Noris Morandi, sulle fondamenta e sul contenuto dell'impianto sistematico originario.

Nei confronti del richiedente protezione internazionale, divenuto rapidamente una figura sociale totalmente negativa, sono stati adottati interventi legislativi che hanno depotenziato il diritto di asilo, attraverso la contrazione dei diritti dei richiedenti asilo e l'abbassamento dei livelli di tutela. Le limitazioni all'accesso alla procedura e al diritto di difesa, il trattenimento ai fini identificativi, l'abolizione della protezione umanitaria, la destrutturazione del sistema di accoglienza per i richiedenti asilo... L'analisi dell'evoluzione/involuzione della disciplina in materia di asilo, viene in questo numero della Rivista ripreso e affrontato in vari contributi volti a mettere in luce la fragilità di questo fondamentale diritto. In particolare il contributo di Noris Morandi si sofferma sui cambiamenti intervenuti nel quadro normativo delle procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione ed in particolare sul portato degli istituti introdotti dalla legge 132/2018 (il concetto di Paese di origine sicuro, la procedura accelerata di frontiera o quella di esame immediato della domanda), i quali hanno fortemente compromesso il sistema di garanzie e di tutele del diritto di asilo in Italia. La disamina, pur tenendo conto delle ultime modifiche introdotte dal decreto legge 130/2020 appena entrato in vigore recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, si conclude con la constatazione che ci troviamo di fronte ad un diritto alla protezione sempre più sofferente e precario in sintonia e coerenza con le prospettive di riforma formulate in sede europea nel «Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo» presentato alla fine di settembre scorso. Nel commento di Cecilia Pratesi, sulle domande reiterate di protezione internazionale, si evidenziano le criticità poste dalla riforma operata dalla legge 132/2018 la quale, incidendo significativamente sul profilo delle garanzie procedurali, è risultata confliggente pure con le garanzie minime accordate a livello europeo. Anche su questo aspetto, così come per le procedure accelerate, è intervenuto il d.l. 130/2020 e se il testo sarà convertito nella formulazione pubblicata in Gazzetta Ufficiale, potranno, secondo l'autrice, essere superate le maggiori criticità.

Il fronte europeo è ripreso nel contributo di Francesca Rescigno, la quale soffermandosi sulle politiche di esternalizzazione dei confini e le pratiche di respingimento evidenzia l'incapacità europea di giungere ad un modello unico d'asilo e il rischio insito in questo vuoto, nel quale le legislazioni nazionali si muovono con disinvoltura rendendo il diritto di asilo sempre in balia alla sovrana discrezionalità dei singoli Stati. Sul fronte dell'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro quale causa di inammissibilità di domande d'asilo e del trattenimento dei richiedenti in pendenza della determinazione del loro status, troviamo ulteriori elementi di interesse nel commento di Cesare Pitea alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, nonché in quello di Erika Colombo concernente la pronuncia della Corte di giustizia del 14.5.2020, dove la Grande Sezione si è espressa in merito alle numerose questioni pregiudiziali sollevate nell'ambito delle cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, esaminando molteplici aspetti della disciplina delle procedure di riconoscimento del diritto d'asilo, delle procedure di rimpatrio e delle modalità di accoglienza dei cittadini di Paesi terzi. Altrettanto interessanti seppur deludenti sul piano della tutela dei diritti, le pronunce commentate da Fabrizia Camplone, con le quali le Corti di Lussemburgo e

Strasburgo si sono trovate a decidere, a distanza di pochi anni, sull'obbligatorietà per gli Stati membri di rilasciare visti umanitari laddove il rifiuto esporrebbe i richiedenti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Al di là delle decisioni assunte, emerge il grande paradosso del sistema di asilo europeo, rappresentato dall'assenza di strumenti legislativi in materia di canali di ingresso legali i quali potrebbero incidere significativamente sull'accesso al diritto di asilo per i richiedenti asilo al di fuori delle frontiere europee.

Legato alla situazione contingente è infine il contributo di Michela Tuozzo, teso ad analizzare l'impatto degli interventi legislativi assunti per affrontare la situazione pandemica sui percorsi dei richiedenti asilo alla ricerca di un luogo sicuro e sugli stranieri in attesa di rimpatrio. Viene affrontata e analizzata la questione relativa al ricorso all'utilizzo delle "navi quarantena", oggi apparentemente considerato un sacrificio equo e temporaneo per i migranti soccorsi che non interroga le istituzioni sul *vulnus* al diritto di circolazione, o alla libertà personale dei migranti. Le questioni affrontate nei contributi e commenti sin qui richiamati si incuneano perfettamente nel dibattito attuale interessato sul fronte nazionale dalla conversione del d.l. 130/2020, volto a rimediare allo scempio causato dai decreti di stampo salviniano, e su quello europeo dal confronto sulla proposta di un Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, che di nuovo ha molto poco e che purtroppo conferma le linee di chiusura del passato.

Siamo in un momento tanto cruciale quanto complesso, nel quale risulta ancor più necessario fare massa critica, per rivendicare la forza stessa dei diritti umani, in difesa non solo dei migranti ma dell'identità civile e democratica dei nostri ordinamenti.

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

CRONACA DI UNA SANATORIA IN TEMPO DI EMERGENZA SANITARIA: GENESI, FINALITÀ E LIMITI

di William Chiaromonte e Madia D'Onghia

***Abstract:** Il saggio, muovendo dalla constatazione che le sanatorie hanno rappresentato, e tuttora rappresentano, il cardine delle politiche migratorie italiane, anche in considerazione dei vistosi limiti che caratterizzano l'attuale assetto della regolazione dell'accesso al lavoro da parte degli stranieri, passa anzitutto in rassegna i sette precedenti provvedimenti di sanatoria, evidenziandone contenuti e limiti, per giungere a illustrare le motivazioni che nel maggio 2020 hanno spinto l'Esecutivo a utilizzare nuovamente lo strumento per far fronte all'emergenza sanitaria, da un lato, e a quella occupazionale, dall'altro. Si illustrano, quindi, le condizioni di accesso alla regolarizzazione del 2020 e i principali profili di criticità della procedura, anche riguardo al campo di applicazione soggettivo e oggettivo, che inevitabilmente hanno condizionato il suo successo, come dimostrano i dati ufficiali, per poi svolgere alcune considerazioni conclusive.*

***Abstract:** Moving from the evidence that regularisations have represented, and still represent, the cornerstone of Italian migration policies, due also to conspicuous limits affecting the current regulatory framework of migrants' access to work, the paper reviews seven previous regularisations' contents and limits, with a view to discussing the reasons that in May 2020 prompted the Italian Government to fall back on yet another regularisation to deal with the Covid-19 emergency, on the one hand, and the occupational emergency, on the other hand. Thus, the requirements and the main critical aspects of the 2020 procedure are outlined, by taking also into account the subjective and objective scope of the regularisation, inevitably affecting its effectiveness, as shown by the official data; lastly, some concluding remarks are carried out.*

CRONACA DI UNA SANATORIA IN TEMPO DI EMERGENZA SANITARIA: GENESI, FINALITÀ E LIMITI

di William Chiaromonte e Madia D'Onghia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti dell'attuale assetto della regolazione degli accessi per lavoro. – 2.1. Una breve storia delle regolarizzazioni: contenuti e limiti delle precedenti procedure di sanatoria. – 3. La genesi della sanatoria del 2020: tra alti tassi di irregolarità, esigenze di tutela della salute e carenze di manodopera. – 3.1. Le aspettative e i numeri reali della sanatoria. – 4. La procedura per la regolarizzazione e i principali profili di criticità. I due canali di accesso all'emersione. – 4.1. Il campo di applicazione. I settori produttivi coinvolti e le cause ostative. – 4.2. Le difficoltà probatorie per attestare il possesso dei requisiti richiesti ai fini della regolarizzazione. – 5. Conclusioni: un provvedimento necessario, ma insufficiente.

1. Premessa

Quello disposto dall'art. 103 del d.l. 34/2020 (conv., con mod., in l. 77/2020) rappresenta solo l'ultimo, in ordine di tempo, dei ricorrenti interventi di regolarizzazione che l'Italia ha messo in atto fra il 1986 e oggi (l'ottavo, per la precisione¹). Per quanto possa sembrare paradossale agli occhi di chi non ha dimestichezza con le connessioni fra il diritto del lavoro e il diritto dell'immigrazione, le periodiche sanatorie di lavoratori stranieri irregolari hanno rappresentato, nella storia delle politiche migratorie nazionali, e in alternativa alla regolazione tramite decreti flussi annuali, «il principale strumento di politica migratoria e di legalizzazione della presenza straniera in Italia»². In altre parole, l'Italia ha rinunciato a una gestione effettiva dell'ingresso e del soggiorno regolare per motivi di lavoro – «il governo ha rinunciato a “governare” la migrazione», per usare le parole di Massimo Livi Bacci³ – per affidarsi a ciclici provvedimenti di regolarizzazione degli stranieri entrati e/o soggiornanti irregolarmente sul suo territorio.

* William Chiaromonte è ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Firenze; Madia D'Onghia è professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università di Foggia. Pur essendo questo lavoro frutto di una comune riflessione, i §§ 1, 2, 2.1, 3, 4 e 4.2 sono stati scritti da William Chiaromonte, i §§ 3.1, 4.1 e 5 da Madia D'Onghia.

1. S. Briguglio, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: le lezioni del passato*, in *Diritti senza confini – Dir. imm. citt. / Quest. giust.*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/una-regolarizzazione-in-tempo-di-pandemia-la-lezione-del-passato-28-05-2020.php>, 28.5.2020, nota 5, correttamente rileva che, prima di queste regolarizzazioni, fra il 1979 e il 1982 erano state già sanate le posizioni di circa 5.000 stranieri sulla base di circolari del Ministero del lavoro.

2. M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri*, Roma, Carocci, 2018, p. 143.

3. M. Livi Bacci, *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Mul.*, 2011, p. 437.

La pandemia da Covid-19 non ha fatto altro che confermare questo vistoso limite delle politiche migratorie nazionali. Non stupisce, quindi, che il Governo presieduto da Giuseppe Conte e sorretto dall'inedita maggioranza composta da Movimento 5 Stelle e Partito democratico abbia deciso – nel pieno dell'emergenza sanitaria da Covid-19, e all'esito di un confronto aspro e teso – di delegare per l'ennesima volta la gestione del fenomeno migratorio a una procedura di sanatoria⁴.

Nei paragrafi che seguono, muovendo proprio dalla constatazione che le sanatorie hanno rappresentato, e tuttora rappresentano, il vero cardine delle politiche migratorie nazionali, anche in considerazione dei vistosi limiti che caratterizzano l'attuale assetto della regolazione dell'accesso al lavoro da parte degli stranieri (§ 2), si passeranno in rassegna i sette precedenti provvedimenti di sanatoria, evidenziandone contenuti e limiti (§ 2.1), per giungere a illustrare le motivazioni che hanno da ultimo spinto l'Esecutivo a utilizzare nuovamente lo strumento per far fronte all'emergenza sanitaria, da un lato, e a quella occupazionale, dall'altro (§ 3). Si illustreranno, quindi, le condizioni di accesso alla regolarizzazione del 2020 e i principali profili di criticità della procedura, anche riguardo al campo di applicazione soggettivo e oggettivo (§§ 4, 4.1, 4.2), che inevitabilmente hanno condizionato il suo successo, come dimostrano i dati ufficiali (§ 3.1), per poi svolgere alcune considerazioni conclusive (§ 5).

2. I limiti dell'attuale assetto della regolazione degli accessi per lavoro

Nell'esperienza italiana le cicliche regolarizzazioni – delle quali si darà conto nel paragrafo successivo – si sono sempre affiancate, come si ricordava, al modello “ordinario” di regolazione dei flussi migratori in ingresso, specie per motivi di lavoro, alla cui inadeguatezza hanno sovente tentato (invano) di supplire. Tale modello, a tutt'oggi affidato a un inadeguato strumentario concepito negli anni Novanta e disciplinato dal TU immigrazione (d.lgs. 286/1998), delinea una regolazione giuridica dell'ingresso e del soggiorno per motivi di lavoro indubbiamente caratterizzata da innumerevoli carenze e inefficienze⁵.

4. Fra le proposte di regolarizzazione circolate prima dell'approvazione del d.l. 34/2020 si segnalano, in particolare, quella avanzata da Boeri, Briguglio e Di Porto (T. Boeri, S. Briguglio, E. Di Porto, *Chi e come regolarizzare nell'emergenza coronavirus*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/65966/chi-e-come-regolarizzare-nellemergenza-coronavirus/>, 24.4.2020), il progetto «*Lavoro stagionale – dignità e legalità*», avviato dalla Fondazione Osservatorio Agromafie insieme a Coldiretti e ANCI e reso pubblico il 19.1.2020 (cfr. T. Orrù, *Mai più schiavi nei campi*, in *Quest. Giust.*, https://www.questionegiustizia.it/articolo/mai-piu-schiavi-nei-campi_18-02-2020.php, 18.2.2020) e la proposta di ASGI «*Emergenza Covid: è indispensabile la regolarizzazione delle persone straniere*» (<https://www.asgi.it/primopiano/regolarizzazione-stranieri/>).

5. In questo contributo non ci occuperemo – se non per cenni – della regolazione sovranazionale delle migrazioni per motivi economici, e in particolare di quella dettata dall'Unione europea; a tal riferimento si vedano, da ultimo, F.L. Gatta,

Più nel dettaglio, e soffermandoci unicamente sulla programmazione dei flussi migratori in ingresso⁶, l'assetto delineato dall'art. 3 del TU immigrazione, complice anche la «sopravvenuta obsolescenza, di fatto, della programmazione triennale»⁷, ha col tempo determinato una chiusura pressoché totale dei canali d'ingresso regolare per lavoro (in pochi anni si è passati dai 250.000 permessi per lavoro previsti dal decreto flussi del 2007 ai 30.850 previsti dai decreti flussi degli anni 2015-2019). Ciò è vero soprattutto se si considera che le quote annualmente fissate sono in parte riservate alla conversione in permessi di soggiorno per lavoro dei permessi rilasciati ad altro titolo (soprattutto per motivi di studio) e che esse non consentono, allo stato, un ingresso per ricerca di lavoro (contemplato dall'originaria versione dell'art. 23 TU immigrazione prima delle modifiche introdotte dall'art. 19 della l. 189/2002)⁸, se non nei limiti di quanto provvisoriamente disposto proprio dal d.l. 34/2020. Le richieste di autorizzazione all'ingresso, peraltro, hanno storicamente riguardato per la stragrande maggioranza lavoratori stranieri già presenti (e occupati irregolarmente) in Italia⁹, entrati per vie illegali o, spesso, con le modalità legali dell'ingresso per turismo.

Tale assetto ha reso praticamente inaccessibili i canali regolari d'ingresso per lavoro¹⁰, che pure sarebbero indispensabili per far fronte alla strutturale richiesta di lavoratori stranieri che caratterizza alcuni segmenti del mercato del lavoro nazionale¹¹; questi ultimi

Vie legali economiche e migrazione a fini lavorativi: il ritardo della «politica comune» dell'Ue, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 33 ss.; M. Savino, *La chimera di Tampere*, *ivi*, p. 3 ss., spec. p. 10 ss.; R. Nunin, *Le migrazioni per motivi economici nel quadro regolativo dell'Unione europea*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna, il Mulino, p. 49 ss.

6. Sulle principali criticità della speciale procedura che consente l'assunzione del lavoratore straniero cfr., di recente, M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017, spec. p. 118 ss.; M. D'Onghia, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 467 ss.; G.A. Recchia, *L'accesso al lavoro dei migranti economici*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 93 ss.; W. Chiaromonte, *L'ingresso per lavoro: l'irrazionalità del sistema e le sue conseguenze al tempo delle fake news e della retorica nazionalista*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 229 ss., spec. p. 244 ss.

7. M. Paggi, *L'ingresso per lavoro: la decretazione annuale dei flussi. Criteri ed evoluzione normativa*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi*, cit., p. 266: l'ultimo documento programmatico triennale sulle politiche migratorie è stato, difatti, approvato con d.p.r. 13.5.2005 in relazione al periodo 2004-2006. Tutti i decreti flussi emanati di lì in avanti non hanno fatto altro che constatare che «il documento programmatico triennale non è stato emanato».

8. Sulla programmazione dei flussi migratori in ingresso cfr., *amplius*, W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. p. 145 ss.; da ultimo, M. Paggi, *L'ingresso per lavoro*, cit., p. 251 ss.

9. M. Paggi, *L'ingresso per lavoro*, cit., p. 254.

10. «Una nuova domanda di confini e di chiusure attraversa le società sviluppate, e in Italia trova oggi una delle sue espressioni più clamorose»: così M. Ambrosini, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 73.

11. In questo senso cfr. anche CNEL, *Nuovi ingressi per lavoro. Orientamenti e proposte del Consiglio*, 29.10.2019. Sottolinea, da ultimo, l'esistenza nel mercato del lavoro nazionale di «giacimenti occupazionali inutilizzati» (le c.d. *hard-to-fill vacancies*) P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro. Quando sono i lavoratori a scegliersi l'imprenditore*, Milano, Rizzoli,

verrebbero, difatti, paralizzati senza la forza lavoro straniera¹² (si pensi – solo per fare un paio di esempi – al settore dei servizi alla persona¹³ e al lavoro nella filiera agroalimentare, sul quale si tornerà nel prosieguo¹⁴).

Come è stato correttamente posto in luce, «con la sola eccezione dei decreti adottati per l'anno 2006, formalmente basati sull'ultimo documento programmatico emanato per il triennio 2004-2006, dal 2002 a tutt'oggi abbiamo conosciuto solo decreti di programmazione *transitoria*, sostanzialmente connotati da una valutazione prettamente politica ed estranea ad ogni effettivo confronto in ordine alla domanda del mercato del lavoro, ancorché consultivo»¹⁵. E l'estromissione di qualsiasi forma di consultazione delle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro, suggellata dalla l. 189/2002, non ha fatto altro che rafforzare tale conclusione.

La carenza di meccanismi legali d'ingresso effettivamente accessibili ha, anzitutto, comportato l'impossibilità pressoché assoluta di instaurare regolari rapporti di lavoro con gli stranieri, provocando l'elusione delle norme concepite per far incontrare domanda e offerta di lavoro e la ricerca di canali d'ingresso alternativi, incrementando in tal modo gli

2020, p. 45 ss. Sul mercato del lavoro immigrato si vedano, per tutti, E. Reyneri, *Introduzione alla sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 251 ss.; M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, III ed., Bologna, il Mulino, 2020, p. 65 ss. Cfr. pure I. Fellini, R. Guetto, *Le traiettorie occupazionali degli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, in *Mond. migr.*, 2019, p. 143 ss.

12. F. Campo, S. Giunti, M. Mendola, *Le attività essenziali hanno bisogno degli immigrati*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/65502/i-lavori-essenziali-hanno-bisogno-degli-immigrati/>, 14.4.2020. M. Ambrosini, *L'invasione immaginaria*, cit., p. 80, ricorda che «in un mercato del lavoro segmentato gli immigrati finiscono in maniera preponderante nelle posizioni più svantaggiate e meno suscettibili di miglioramento»: si tratta di quella che lo stesso Autore definisce «integrazione subalterna» (p. 88).

13. M. Ambrosini, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, Bologna, il Mulino, 2013. Sul lavoro di cura, da ultimo, cfr. S. Borelli, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Napoli, Jovene, 2020.

14. Cfr. W. Chiaromonte, «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 321 ss.; V. Papa, *Il lavoro stagionale dei migranti*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 279 ss.; C. Faleri, *Il lavoro agricolo. Modelli e strumenti di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2020. Per un quadro aggiornato delle dimensioni del fenomeno cfr. M.C. Macrì, *Il contributo dei lavoratori stranieri all'agricoltura italiana*, Roma, Crea, 2019. Sulla «patologia» del fenomeno – W. Chiaromonte, *Fisiologia e patologia dell'impiego stagionale di lavoratori stranieri*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 127 ss. –, che spesso si traduce in intermediazione illecita e/o sfruttamento lavorativo, si vedano anche le inchieste di Y. Sagnet, L. Palmisano, *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, Roma, Fandango Libri, 2015; M. Omizzolo, *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Milano, Feltrinelli, 2019; S. Manisera, *Racconti di schiavitù e lotta nelle campagne*, Palermo, Aut Edizioni, 2019. In relazione alle risposte istituzionali si segnala, da ultimo, il *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022*, approvato dal Ministero del lavoro il 20.2.2020. Cfr. pure G. Bettin, S. Coderoni, *Perché all'agricoltura non basta regolarizzare gli stranieri*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/66568/perche-allagricoltura-non-basta-regolarizzare-gli-stranieri/>, 8.5.2020.

15. M. Paggi, *L'ingresso per lavoro*, cit., p. 269.

ingressi irregolari¹⁶ e il giro d'affari delle organizzazioni criminali¹⁷ e, di conseguenza, alimentando il mercato del lavoro sommerso¹⁸. Come ha di recente affermato Maurizio Ambrosini, «chi vuole venire a lavorare in Italia si trova prigioniero di una sorta di comma 22: gli si dice che può entrare solo con un permesso, ma questo permesso quasi nessuno riesce a ottenerlo. Così, mentre Germania e Giappone hanno deciso di riaprire le porte a un'immigrazione per lavoro ordinata, noi continuiamo a oscillare tra chiusure gridate, scarsi controlli sul mercato del lavoro e aperture interstiziali di corto respiro»¹⁹.

Ma non basta: la summenzionata carenza ha, altresì, spinto i flussi migratori in ingresso a incanalarsi nelle uniche altre strade ancora percorribili, vale a dire quelle della protezione internazionale, come riscritta (e circoscritta) dal decreto sicurezza (d.l. 113/2018, conv. con mod. in l. 132/2018)²⁰, determinando una mutazione genetica del sistema di asilo che, pur non essendo ovviamente concepito per regolare i flussi dei migranti economici, almeno in parte è stato utilizzato da migranti motivati (anche) da ragioni di ordine economico²¹. Scelte restrittive in materia di migrazioni economiche hanno, quindi, anche prodotto una progressiva perdita di significato della stessa distinzione fra migrazioni per motivi economici e migrazioni per motivi umanitari²², determinando un utilizzo strumentale dei benefici

16. «La disciplina di ingresso e soggiorno è costruita in modo da produrre irregolarità»: così Magistratura Democratica, ASGI, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, in *Foro it.*, 2006, 9, p. 291 ss. Cfr. anche W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, F. Malzani, *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 367 ss., spec. p. 373 ss.

17. Sull'impatto delle mafie sui diritti dei lavoratori (e delle imprese) cfr. i contributi raccolti in S. Borelli, V. Mete (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro*, in *Quad. Citt. sic.*, n. 42, 2018.

18. V. Ferrante (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, Milano, Vita e Pensiero, 2017.

19. M. Ambrosini, *L'invasione immaginaria*, cit., pp. 44-45, il quale sottolinea appunto come, in altri Paesi (oltre a Germania e Giappone si fa anche l'esempio degli Stati Uniti) – forse anche sulla scia dell'approvazione del *Global Compact* delle Nazioni Unite sulle migrazioni, al quale come è noto il Governo italiano non ha aderito, che va nella direzione di un allentamento della chiusura verso le migrazioni economiche – si sia ricominciato a parlare di nuove opportunità d'ingresso per lavoro, non necessariamente qualificato (p. 96).

20. Vale la pena ricordare che, mentre questo scritto era in bozze, il Consiglio dei Ministri ha approvato, nella seduta n. 65 del 5.10.2020, un d.l. che, fra l'altro, introduce disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare. Per quanto riguarda la protezione internazionale, al divieto di espulsione e respingimento nel caso in cui il rimpatrio determini, per l'interessato, il rischio di tortura si aggiunge il rischio che lo straniero sia sottoposto a trattamenti inumani o degradanti e se ne vieta l'espulsione anche in caso di rischio di violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare. In tali ipotesi si prevede il rilascio del permesso di soggiorno «per protezione speciale». Sempre in materia di condizione giuridica dello straniero, il provvedimento affronta anche il tema della convertibilità dei permessi di soggiorno rilasciati per altre ragioni in permessi di lavoro. Alle categorie di permessi convertibili già previste si aggiungono quelle di protezione speciale, calamità, residenza elettiva, acquisto della cittadinanza o dello stato di apolide, attività sportiva, lavoro di tipo artistico, motivi religiosi e assistenza ai minori.

21. M. McBritton, *op. cit.*, p. 37; W. Chiaromonte, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 321 ss., spec. p. 337 ss.

22. In tal senso cfr. McBritton, *op. cit.*, p. 34 ss. Cfr. pure M. D'Onghia, *op. cit.*, p. 465: «la bipartizione sembra riguardare non più le differenti manifestazioni del fenomeno bensì la loro regolamentazione».

derivanti dalla protezione internazionale anche da parte di quei migranti la cui mobilità non è propriamente indotta da ragioni umanitarie²³.

In breve, il decreto flussi annuale nel corso del tempo è stato svuotato quasi del tutto della sua funzione originaria di regolare i nuovi ingressi, specie per motivi di lavoro, suggellandosi così una metamorfosi da strumento di governo a strumento di contenimento del fenomeno migratorio. Esso, difatti, è diventato il mezzo con cui è annualmente “sanata” la posizione degli immigrati già irregolarmente presenti in Italia, più che determinato preventivamente il numero dei nuovi arrivi dall’estero. In altre parole, il sistema delle quote è stato, ed è tuttora, utilizzato come una sorta di regolarizzazione di fatto (peraltro ampiamente tollerata), allo scopo di svuotare periodicamente, sia pure in modo discontinuo – diversamente da quel che accade, ad esempio, in Francia, che da anni prevede un meccanismo di regolarizzazione continuativo – il bacino di immigrazione irregolare che caratterizza anche il mercato del lavoro italiano, considerata anche la nota inefficienza e la sporadicità dei provvedimenti di espulsione.

Ma essendo del tutto inadeguate le quote previste, praticamente limitate al solo lavoro stagionale, come già si è posto in evidenza altrove²⁴ – come se, peraltro, fosse sufficiente autorizzare un numero contingentato di ingressi per ridurre a quello il flusso migratorio –, e non essendo stata finora realizzata un’auspicabile opera di complessiva riscrittura della disciplina sul lavoro dei migranti, quantomeno per far fronte alle molteplici criticità che la normativa indubbiamente presenta²⁵, non stupisce che poco alla volta le procedure di sanatoria abbiano finito per assumere, anzitutto da un punto di vista quantitativo, non un ruolo di correttivo bensì un ruolo da protagonista nella gestione degli ingressi per lavoro (si stima che le domande di regolarizzazione presentate fra il 1986 e il 2012 ammontino a circa due milioni²⁶). Tanto che si può a ragion veduta affermare che, negli anni, esse hanno assunto un’importanza sempre maggiore, finendo per rappresentare il vero fulcro del sistema. È ad esse, quindi, che è ora necessario dedicare attenzione.

23. F. Martelloni, *L’accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale, tra diritto e prassi*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 111 ss.

24. W. Chiaromonte, *Politiche protezionistiche e mercato del lavoro immigrato: per una riapertura dei canali d’ingresso regolare per lavoro*, in corso di pubblicazione in *Quad. riv. Dir. lav. merc.*

25. Si pensi, oltre al limite delle quote annuali d’ingresso, e solo per fare qualche esempio, al principio dell’“incontro a distanza” tra domanda e offerta di lavoro, che presuppone la residenza all’estero del lavoratore interessato all’assunzione (salvi i casi limitati in cui è riconosciuta la convertibilità del titolo di soggiorno); al filtro della previa verifica di indisponibilità di manodopera già presente in Italia; alla già citata preclusione dell’ingresso per ricerca di lavoro; ai pesanti oneri derivanti – ex art. 5-bis TU immigrazione – dalla stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato.

26. S. Briguglio, *op. cit.*

2.1. Una breve storia delle regolarizzazioni: contenuti e limiti delle precedenti procedure di sanatoria

La breve storia delle regolarizzazioni che s'intende qui abbozzare parte nel 1986 quando, per la prima volta, l'Italia tentò di dotarsi di un'organica normativa in materia di immigrazione, superando così la politica di gestione amministrativa del fenomeno migratorio – la legiferazione «per circolari» alla quale alludeva Giorgio Ghezzi²⁷ – che fino a quel momento aveva caratterizzato la disciplina dell'accesso al lavoro degli stranieri (dando, peraltro, dell'immigrazione per lavoro una lettura esclusivamente in termini di problema di sicurezza e ordine pubblico: un altro vizio che a tutt'oggi si fa fatica a superare²⁸).

La l. 943/1986 (c.d. legge Foschi), difatti, per quel che qui maggiormente interessa, agli artt. 16 ss. prevede la prima grande regolarizzazione a beneficio degli stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, principalmente in relazione alla condizione (presente o passata) di lavoratore²⁹. Fu proprio questa la parte del provvedimento che finì per assumere l'importanza maggiore, consentendo agli stranieri occupati ma anche disoccupati (attraverso l'iscrizione al collocamento), presenti in Italia alla data di entrata in vigore della legge, e ai datori di lavoro di emergere dal sommerso dichiarando la presenza irregolare sul territorio e l'attività lavorativa svolta dai primi al fine di poter beneficiare della sanatoria. La gestione del fenomeno migratorio attraverso lo strumento della sanatoria è così divenuta, da quel momento in avanti, la principale forma di politica migratoria attuata nel nostro Paese. I tre mesi di durata inizialmente previsti furono più volte prorogati, e nel complesso le procedure durarono ben quindici mesi, sino alla metà del 1988³⁰. Alla fine, la sanatoria riguardò complessivamente circa 105.000 stranieri, un numero decisamente inferiore a quello delle stime relative alla presenza irregolare in Italia³¹; la gran parte dei regolarizzati usufruì del provvedimento in quanto disoccupati in cerca di lavoro, «anche perché la legge aveva escluso la possibilità di regolarizzazione per settori molto presenti tra gli stranieri, quali il lavoro autonomo e il lavoro ambulante»³².

La seconda sanatoria, varata anch'essa durante la Prima Repubblica, in un clima dominato dal serrato confronto fra DC e PCI, entrambi per ispirazione sociale favorevoli nei

27. G. Ghezzi, *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 195.

28. Cfr., da ultimo, A. Caputo, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi*, cit., p. 164 ss.; ma si vedano pure M. Pastore, N. Zorzella, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, *ibidem*, p. 104 ss.

29. Per una panoramica sugli ulteriori contenuti della legge cfr. W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, cit., p. 106 ss.

30. L. Einaudi, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 132.

31. S. Briguglio, *op. cit.*

32. M. Colucci, *Immigrazione e lavoro in Italia: uno sguardo storico*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 19.

confronti del fenomeno migratorio, fu quella del 1990, contenuta nel d.l. 416/1989, conv. con mod. (e a grande maggioranza: 326 voti favorevoli e 28 contrari) in l. 39/1990 (c.d. legge Martelli)³³. Gli artt. 9-10 prevedero una sanatoria – il cui effetto annuncio, peraltro, non fece altro che generare un aumento della pressione migratoria irregolare allo scopo di usufruirne – basata soprattutto sull'emersione del lavoro irregolare e il cui campo d'applicazione *ratione personae* fu decisamente più ampio della precedente, essendo il provvedimento rivolto non solo ai lavoratori, subordinati o autonomi, ma anche ai disoccupati (che venivano autorizzati a iscriversi al collocamento, analogamente a quanto già sperimentato nel 1986), ai familiari degli stranieri già presenti e ai richiedenti asilo, oltre che ai detentori di permessi di soggiorno per motivi di studio, che furono autorizzati a convertirli in permessi per lavoro³⁴. In tal modo fu regolarizzata la posizione di circa 222.000 persone che riuscirono a dimostrare un ingresso in Italia prima del 31 dicembre 1989, delle quali solo una piccola parte in virtù di un contratto di lavoro già in essere (il 4%), mentre la gran parte attraverso l'iscrizione con riserva nelle liste di collocamento (l'86%)³⁵.

La terza sanatoria, disposta dal c.d. decreto Dini (art. 12, d.l. 489/1995), riguardò solamente alcune categorie di stranieri, in virtù dell'esclusione, dal campo di applicazione soggettivo della stessa, di qualsiasi forma di lavoro autonomo³⁶. In particolare, furono ammessi alla regolarizzazione gli stranieri ai quali il datore di lavoro aveva previamente dichiarato la propria disponibilità all'immediata assunzione, con contratto a tempo indeterminato o determinato di durata non inferiore a sei mesi, o ancora a titolo di lavoro stagionale, nonché al versamento anticipato di una certa quota di contributi previdenziali; coloro che potevano certificare lo svolgimento (alla data di entrata in vigore del decreto legge) di un'attività di lavoro subordinato a carattere continuativo alle dipendenze di cittadini italiani; coloro, infine, che potevano certificare lo svolgimento di un'attività di lavoro subordinato alle dipendenze di un medesimo datore di lavoro da almeno quattro mesi nel corso dell'ultimo anno, anche se estinta prima dell'entrata in vigore del decreto legge. La prova della presenza sul territorio nazionale divenne più rigida rispetto alle due precedenti sanatorie, non essendo più ammessa la testimonianza di terzi bensì solo il

33. S. Briguglio, *op. cit.*

34. L. Einaudi, *op. cit.*, pp. 154-155.

35. M. Colucci, *Immigrazione e lavoro in Italia*, cit., pp. 19-20, il quale ricorda la possibilità per gli stranieri di regolarizzare la propria posizione attestando la volontà di ricercare un lavoro, ferma restando la perdita del permesso di soggiorno nel caso in cui, a due anni dall'iscrizione nelle liste, non fossero risultati occupati.

36. Accanto alla regolarizzazione per offerta di lavoro, l'art. 10 aveva altresì previsto una sanatoria per ricongiungimenti familiari. Il d.l., dopo la sua decadenza, è stato reiterato più volte (d.l. 22/1996, d.l. 132/1996 e d.l. 269/1996), anche dal Governo Prodi (d.l. 376/1996 e d.l. 477/1996), finché la Corte costituzionale, con sentenza 360/1990, ha dichiarato l'illegittimità della prassi di reiterare i d.l.; gli effetti già prodotti dai decreti (ivi comprese le regolarizzazioni poste in essere) sono, infine, stati fatti salvi dalla l. 617/1996.

possesso di un titolo di viaggio valido o l'esibizione dell'attestazione di identità rilasciata dalla Rappresentanza diplomatico-consolare in Italia del Paese di appartenenza dello straniero.

La scelta del legislatore, di escludere dalla regolarizzazione gli immigrati disoccupati e privi di offerte di impiego regolare, risenti sicuramente del particolare contesto nel quale fu introdotta la sanatoria (si era registrato, nel frattempo, il passaggio alla Seconda Repubblica, e le posizioni dei partiti di governo erano divenute molto distanti in tema di politiche migratorie), in cui le forti istanze repressive trovarono accoglimento nell'ampliamento delle possibilità di espulsione e delle condotte sanzionate. Nonostante ciò, anche in virtù dell'allargamento delle condizioni per la regolarizzazione disposte dal Governo Prodi³⁷, fu infine sanata la posizione di circa 246.000 stranieri (va, peraltro, rilevato che le domande legate alla ricerca di un lavoro si assestarono al 21%, un numero di gran lunga inferiore di quelle presentate per la stessa ragione nell'ambito della precedente procedura di regolarizzazione³⁸).

La quarta sanatoria fu realizzata fra il 1998 e il 1999. Per la verità, la c.d. legge Turco-Napolitano (l. 40/1998) non prevede inizialmente alcuna sanatoria delle preesistenti situazioni di irregolarità (anzi, il Governo si era opposto all'approvazione di emendamenti alla legge a favore di una regolarizzazione). Tuttavia, nella stessa seduta nella quale varò la legge in via definitiva, il Senato approvò altresì un ordine del giorno che impegnava il Governo a valutare proposte e iniziative al fine di consentire un'emersione mirata dall'irregolarità degli stranieri che vivevano in Italia, facendo ricorso anche ai meccanismi previsti per la programmazione dei flussi d'ingresso.

Il primo Documento programmatico triennale per la politica dell'immigrazione indicò, come via da percorrere, quella della regolarizzazione progressiva attraverso lo strumento dei decreti di programmazione dei flussi. Nel 1998 furono, di conseguenza, fissate delle quote aggiuntive (38.000, ad opera del d.p.c.m. 16 ottobre 1998), entro le quali si consentì il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato e di lavoro autonomo a cittadini stranieri residenti all'estero e a quelli già presenti in Italia prima del 27 marzo 1998, data ben anteriore rispetto a quella di entrata in vigore della Turco-Napolitano, che avessero dimostrato – attraverso un aggravamento, rispetto alle precedenti procedure di sanatoria, della prova della presenza in Italia – di disporre di un alloggio e di un'opportunità di lavoro e di non avere precedenti penali. Successivamente, il d.l. 113/1999 – attraverso l'inserimento di una norma transitoria nell'art. 49 del TU immigrazione, nel frattempo

37. Le condizioni per la regolarizzazione furono, difatti, successivamente “ammorbidite” per mano del primo Governo Prodi, in particolare attraverso i d.l. 36/1996 e 477/1996 (entrambi decaduti per mancata conversione).

38. M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, cit., p. 115.

approvato – consentì il rilascio dei permessi previsti dal decreto di programmazione dei flussi a tutti coloro che avessero presentato richiesta nei termini e che fossero in possesso dei requisiti richiesti, e indipendentemente da qualsiasi limite numerico³⁹. In tal modo, furono complessivamente regolarizzati circa 217.000 stranieri, a fronte delle circa 250.000 domande pervenute.

La sanatoria numericamente più significativa mai approvata in Italia fu frutto – per quanto ciò possa sembrare paradossale – di una maggioranza di centrodestra; fu, in particolare, la c.d. legge Bossi-Fini (l. 189/2002) a prevedere anche un’ennesima procedura di regolarizzazione, stavolta doppia, dalle dimensioni senza precedenti in Europa. L’art. 33 della legge, nonché il d.l. 195/2002, conv. con mod. in l. 222/2002, disposero difatti due regolarizzazioni parallele: una per colf e badanti, l’altra per i rapporti di lavoro subordinato diversi dal lavoro domestico. Nel primo caso, il datore di lavoro doveva dichiarare di aver occupato il lavoratore domestico nei tre mesi precedenti l’entrata in vigore della legge e, contestualmente, impegnarsi ad assumerlo – attraverso la stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, che nel frattempo la Bossi-Fini aveva introdotto – versando un trimestre di contributi per sanare le irregolarità del rapporto pregresso. Condizioni di regolarizzazione pressoché identiche a quelle dettate per il lavoro di cura furono, poi, previste anche per l’emersione di lavori subordinati con mansioni diverse da quelle di collaboratore familiare o di badante. Al termine della sanatoria si registrarono ben 646.000 regolarizzazioni complessive, a fronte di oltre 700.000 domande presentate, quasi equamente divise tra lavoratori domestici e lavoratori al servizio di imprese, il 57% delle quali di provenienza dell’Europa centro-orientale, e in particolare da Romania (135.000) e Ucraina (102.000)⁴⁰.

Fu destinata al solo lavoro domestico (per la precisione, ai soli lavoratori addetti ad «attività di assistenza e sostegno alle famiglie», e dunque ancora una volta in un’ottica marcatamente utilitaristica) la regolarizzazione varata, nel 2009, dal quarto Governo Berlusconi, e introdotta sotto forma di emendamento al d.l. 78/2009, in sede di conversione dello stesso in l. 102/2009 (art. 1-*ter*). Riprendendo in buona parte quanto previsto dalla grande regolarizzazione del 2002, sia pure in questo caso con riferimento al solo lavoro domestico, fu prevista la possibilità per i datori di lavoro che al 30 giugno 2009 avessero in corso da almeno tre mesi un rapporto di lavoro irregolare con uno straniero, rapporto che doveva perdurare alla data di presentazione della domanda, di presentare telematicamente domanda di emersione accompagnata dal versamento di un contributo forfettario di 500 euro e dalla proposta di contratto di soggiorno per lavoro subordinato; ove accolta, la

39. S. Briguglio, *op. cit.*

40. E. Di Pasquale, C. Tronchin, *Immigrazione, svantaggi e vantaggi di una sanatoria*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/63662/immigrazione-vantaggi-e-svantaggi-di-una-nuova-sanatoria/>, 21.2.2020.

domanda avrebbe sanato anche l'eventuale condizione di irregolarità del soggiorno del lavoratore. Quanto alla prova della presenza sul territorio nazionale, si prevede ancora una volta il possesso del passaporto o di un documento di viaggio equipollente; la regolarizzazione fu, poi, subordinata all'assenza di motivi ostativi analoghi a quelli già sperimentati nelle precedenti sanatorie.

Si trattò, peraltro, di un'iniziativa che (come pure la successiva, del 2012) andò decisamente al di sotto, dal punto di vista quantitativo, delle aspettative degli stessi ambienti istituzionali che l'avevano promossa, e che diede altresì vita a lunghi strascichi giudiziari⁴¹. Le domande presentate, alla fine, furono circa 295.000⁴². Il campo di applicazione soggettivo della sanatoria in questo caso, diversamente da quel che accadde nel 2002, non fu successivamente ampliato; per ovviare a tale limite, le cronache segnalano non pochi casi in cui alcuni datori di lavoro procedettero alla regolarizzazione di lavoratori impiegati in altri settori e solo ai fini della sanatoria dichiarati come operanti nell'ambito dei servizi di cura alla persona, considerata anche la possibilità di licenziarli poi *ad nutum ex art. 2118 c.c.*⁴³.

L'ultima procedura di regolarizzazione disposta prima del 2020 è stata prevista – sotto il governo tecnico guidato da Mario Monti – dall'art. 5 del d.lgs. 109/2012, che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva 2009/52 in materia di sanzioni per i datori di lavoro che impiegano stranieri irregolari. In questo caso si è consentito ai datori di lavoro (e, ancora una volta, non anche ai lavoratori) di presentare una dichiarazione di emersione, nel periodo compreso fra il 15 settembre ed il 15 ottobre 2012⁴⁴, per regolarizzare i rapporti di lavoro irregolari a tempo pieno⁴⁵ in corso con lavoratori stranieri sulla base di tre presupposti: il datore doveva occupare irregolarmente alle proprie dipendenze lo straniero da almeno tre mesi alla data di entrata in vigore del d.lgs. (9 agosto 2012), e continuare ad occuparlo alla data di presentazione (in via telematica) della dichiarazione di emersione; il lavoratore straniero doveva essere presente in Italia, in modo continuativo, almeno dal 31 dicembre 2011 (o da data precedente); la presenza in Italia doveva essere attestata da una documentazione proveniente da organismi pubblici⁴⁶, prevedendosi inoltre (come in passato)

41. A. Colombo, *Immigrazione: il fallimento della sanatoria*, in *Mul.*, 2009, p. 902 ss.

42. E. Di Pasquale, C. Tronchin, *Immigrazione, svantaggi e vantaggi di una sanatoria*, cit.

43. S. Briguglio, *op. cit.*

44. La circolare n. 7529/2012 del Ministero dell'interno ha poi previsto una riapertura dei termini di presentazione delle domande (dal 10.12.2012 al 31.1.2013) a beneficio di quei datori di lavoro che, pur avendo versato entro il 31.10.2012 il contributo forfettario prescritto, non avevano poi completato la procedura di regolarizzazione compilando ed inviando la relativa domanda.

45. Per il «lavoro domestico e di sostegno al bisogno familiare» furono ammessi anche rapporti lavorativi a tempo parziale con almeno 20 ore settimanali, analogamente a quanto disposto dalla regolarizzazione del 2009.

46. L'analoga previsione probatoria prevista dalla sanatoria disposta alla fine del 1998 generò un contenzioso giudiziario di notevole entità, e anche per questo motivo fu abbandonata nei successivi provvedimenti di regolarizzazione, salvo essere ripresa, come si vedrà, proprio dal d.l. 34/2020.

alcune cause ostative alla regolarizzazione riferite ai lavoratori stranieri. Per quanto concerne il datore di lavoro, furono esclusi dalla possibilità di avvalersi della procedura di emersione coloro che erano già stati condannati per una serie di reati concernenti l'immigrazione irregolare, come pure coloro che non disponevano di un reddito superiore ad una certa soglia minima. Il datore richiedente l'emersione doveva versare un contributo forfettario di 1.000 euro per ciascun lavoratore, oltre a dover documentare l'avvenuto pagamento di quanto dovuto in materia retributiva, contributiva e fiscale con riferimento a una durata minima del rapporto di sei mesi, o alla maggior durata effettiva. Infine, per tutto il decorso della procedura di regolarizzazione furono sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti dei datori di lavoro, con riferimento alle violazioni legate all'impiego illegale di lavoratori stranieri, e dei lavoratori, con riferimento alle violazioni delle norme sul soggiorno⁴⁷.

I molti vincoli imposti dal legislatore, in sintesi, si posero in aperta contraddizione con la finalità della disposizione transitoria, volta a consentire da un lato l'effettiva emersione del lavoro irregolare prestato dagli stranieri, e dall'altro l'adeguamento da parte dei datori di lavoro alle prescrizioni europee, così evitando le pesanti sanzioni previste dal d.lgs. 109/2012. La procedura di regolarizzazione fu completata dal d.lgs. 76/2013, il quale stabilì che, in caso di rigetto dell'istanza del datore di lavoro per motivi a lui imputabili o di cessazione del rapporto nelle more della definizione del procedimento, fosse rilasciato allo straniero un permesso di soggiorno per ricerca di occupazione o per lavoro subordinato (qualora nel frattempo fosse subentrata una richiesta di assunzione da parte di un nuovo datore di lavoro). Anche in considerazione delle forti limitazioni di cui si è detto (possibilità di presentazione dell'istanza da parte del solo datore di lavoro, come peraltro già accaduto in occasioni di precedenti procedure di regolarizzazione; possibilità di emersione – con l'esclusione del lavoro domestico – per il solo lavoro a tempo pieno; prova della presenza in Italia esclusivamente attraverso un'attestazione di un organismo pubblico; notevole importo del contributo forfettario, etc.), le domande presentate alla fine furono solo circa 135.000, la stragrande maggioranza delle quali per rapporti di lavoro domestico (86%). È utile segnalare che la gran parte dei casi di rigetto fu determinata dall'incapacità dello straniero di provare la presenza in Italia prima della data fissata dal d.lgs. 109/2012.

47. W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, cit., pp. 136-139.

3. La genesi della sanatoria del 2020: fra alti tassi di irregolarità, esigenze di tutela della salute e carenze di manodopera

Sono trascorsi otto anni fra la regolarizzazione disposta dal Governo Monti e quella da ultimo prevista dal secondo Governo Conte. In tale lasso di tempo sono intervenuti una serie di fattori che hanno portato il numero degli stranieri irregolarmente presenti in Italia ad assestarsi, secondo alcune stime, a circa 600.000⁴⁸, il che – assieme al diffondersi della pandemia da Covid-19 e alle carenze di manodopera palesatesi in alcuni rilevanti settori dell'economia nazionale, di cui si dirà *infra* – ha reso improcrastinabile l'adozione di una nuova sanatoria⁴⁹.

Anzitutto, come si è visto, anche nel periodo in esame è senz'altro continuata a mancare un'adeguata programmazione dei flussi in ingresso, posto che quantomeno dal 2010 essa ha riguardato quasi esclusivamente il lavoro stagionale, e ciò ha indubbiamente contribuito all'incremento delle presenze irregolari (cfr. *retro*, § 2).

Non si può tacere, inoltre, che il numero degli arrivi dall'estero (e degli sbarchi via mare, in particolare) si sia decisamente intensificato in conseguenza della deflagrazione, fra il 2014 e il 2015, della c.d. crisi migratoria, dopo il fallimento delle c.d. primavere arabe e la conseguente instabilità politica che ne è derivata, specie in Libia e in Siria. Se è vero, peraltro, che la crisi migratoria ha determinato un consistente aumento degli sbarchi di migranti nei porti italiani⁵⁰, e una parallela impennata delle richieste di protezione internazionale, va anche detto a partire dal 2017 tali sbarchi sono andati diminuendo in maniera considerevole⁵¹, anche in conseguenza del *memorandum* siglato nel 2017 fra Italia e Libia sul contenimento dei flussi migratori e recentemente rinnovato⁵², per poi azzerarsi praticamente del tutto durante la fase del *lockdown*. Ciò nonostante, come si diceva, il

48. M. Villa, *Migrazioni in Italia: tutti i numeri*, in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/migrazioni-italia-tutti-i-numeri-24893>, 31.1.2020.

49. S. Briguglio, *op. cit.*

50. Questo l'andamento degli sbarchi via mare fra il 2010 e il 2016: 4.406 nel 2010; 64.261 nel 2011; 13.267 nel 2012; 42.925 nel 2013; 170.100 nel 2014; 153.842 nel 2015; 181.436 nel 2016: cfr. M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, cit., p. 169.

51. Cfr. M. Villa, *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, in <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/sbarchi-italia-il-costo-delle-politiche-di-deterrenza-21326>, 1.10.2018. Sono stati registrati 119.369 sbarchi nel 2017, 23.370 nel 2018, 11.471 nel 2019: <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati>.

52. Il rinnovo automatico, senza modifiche e per ulteriori tre anni, è avvenuto il 2.2.2020, e ciò nonostante gli impegni a modificarlo assunti da parte dell'attuale Governo, da un lato, e la forte campagna di sensibilizzazione mediatica «Io accolgo» (<http://www.ioaccolgo.it>), lanciata e sostenuta da un'ampia rete di associazioni, enti, organizzazioni della società civile e sindacali, dall'altro. Tale rinnovo desta particolare preoccupazione per le note condizioni nelle quali versano, e continueranno a versare, i migranti intercettati in mare e riportati in Libia, dove sono rinchiusi nei Centri di detenzione in condizioni disumane e sottoposti a violenze e torture. Cfr., da ultimo, G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 215 ss.

numero degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio rimaneva, nei primi mesi del 2020, molto alto, e lo è ancora di più a seguito della ripresa degli sbarchi a partire, in misura significativa, dal mese di luglio⁵³.

A ciò si è aggiunta la nota problematica legata all'esecuzione delle misure di allontanamento dal territorio dello Stato, dovuta sia alle difficoltà di intercettare gli stranieri irregolari, sia alle problematiche connesse alla riammissione di costoro nello Stato di provenienza⁵⁴.

Non possono, infine, essere sottovalutate anche le forti pressioni provenienti da una parte dell'opinione pubblica, che ha con forza sostenuto le ragioni e l'opportunità di una nuova procedura di regolarizzazione⁵⁵.

Oltre alla consapevolezza dell'alto numero di stranieri presenti irregolarmente, quantomeno due elementi ulteriori sono intervenuti e hanno assunto un peso rilevante, e forse decisivo, nella scelta – nient'affatto scontata fino a pochi mesi fa, considerato il quadro politico-istituzionale di riferimento, quanto mai complesso e variegato anche in relazione alla questione migratoria, date le profonde diversità di vedute fra le parti in gioco⁵⁶ – di ricorrere all'ottava procedura di sanatoria. Anzitutto, il riferimento è alla necessità di «garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da Covid-19», come afferma espressamente l'art. 103, comma 1, del d.l. 34/2020, che affianca tale finalità a quella di «favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari»; in secondo luogo, e in stretta connessione con le finalità pocanzi menzionate, alla

53. Secondo i dati riportati dal Ministero dell'interno (<https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati>), aggiornati al 4.9.2020), nei mesi di luglio e agosto 2020 sono sbarcati rispettivamente 7067 e 5327 migranti, contro i 1088 e i 1268 del 2019. È quasi superfluo rilevare, peraltro, che gli ingressi irregolari non avvengono solo via mare: si pensi solo a quanto accade lungo la c.d. rotta balcanica (sulla quale si veda, da ultimo, RiVolti ai Balcani, *La rotta balcanica. I migranti senza diritti nel cuore dell'Europa*, giugno 2020, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/La-rotta-balcanica-RiVolti_ai_Balcani.pdf) o la c.d. rotta alpina (cfr. M. Pagliassotti, *Ancora dodici chilometri. Migranti in fuga sulla rotta alpina*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019).

54. S. Briguglio, *op. cit.*

55. Merita di essere segnalata, fra le altre, la proposta presentata il 12.11.2019 nell'ambito della campagna «*Ero straniero. L'umanità che fa bene*». Tale proposta è stata avanzata da una coalizione di associazioni che – dopo aver presentato nel 2017 la proposta di legge di iniziativa popolare «*Nuove norme per la promozione del regolare permesso di soggiorno e dell'inclusione sociale e lavorativa di cittadini stranieri non comunitari*», attualmente all'esame della Commissione affari costituzionali della Camera, che fra l'altro prevede l'introduzione di un meccanismo di regolarizzazione su base individuale dei lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti – ha proposto al Parlamento e al Governo l'adozione di un provvedimento straordinario di regolarizzazione rivolto ai medesimi soggetti, che – secondo le stime dei proponenti – avrebbe portato nelle casse dello Stato un introito, in termini di gettito fiscale, contributi previdenziali e costi amministrativi, stimato in un miliardo di euro per anno. Il 22.4.2020 è stata, inoltre, avanzata da numerose associazioni «capitanate» dall'ASGI, assieme a centinaia di persone di ambiti sociali differenti, la già ricordata proposta «*Emergenza Covid: è indispensabile la regolarizzazione delle persone straniere*».

56. W. Chiaromonte, *A un anno dai decreti sicurezza: eppur (qualcosa) si muove?*, in questa *Rivista*, n. 1.2020.

consistente carenza di manodopera rilevata in alcuni settori, e in particolare in quello agricolo.

In relazione alla tutela della salute degli stranieri, e in particolare degli stranieri irregolari⁵⁷, vale la pena ricordare che sul punto l'ordinamento italiano è uno dei più avanzati e garantisti d'Europa⁵⁸: in Italia anche gli stranieri irregolari hanno diritto di accedere alle cure ambulatoriali e urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio, e all'estensione dei programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva, e in particolare alla tutela della gravidanza e della maternità, alla tutela della salute dei minori, alle vaccinazioni e profilassi, senza oneri a carico dei richiedenti qualora essi siano privi delle risorse economiche sufficienti (art. 35, commi 3-4, TU immigrazione)⁵⁹. L'accesso di uno straniero irregolare alle strutture sanitarie, inoltre, non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità pubblica, salvi i casi di obbligatorietà di referto (art. 35, comma 5, TU immigrazione). La *ratio* della disposizione – cui si affianca l'importante affermazione del divieto di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante che necessiti di cure urgenti e indifferibili⁶⁰ – consiste evidentemente nello scongiurare il pericolo che lo straniero irregolare rinunci a beneficiare delle cure di cui necessita per il timore di essere segnalato all'autorità pubblica e il rischio di essere in seguito espulso, con un evidente pregiudizio per il diritto alla salute. L'effettivo accesso alle cure dello straniero irregolare, difatti, oltre a dipendere da fattori quali le difficoltà di comunicazione linguistica e la scarsa informazione in merito al diritto di beneficiare delle cure mediche, si scontra in particolar modo con il timore di essere segnalato alle autorità pubbliche.

Anche lo straniero irregolare affetto da Covid-19 può, dunque, teoricamente chiedere e ricevere assistenza sanitaria senza rischiare alcuna conseguenza, anzitutto sul piano penale,

57. Sulla tutela della salute degli stranieri cfr., di recente, C. Corsi, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Ist. Fed.*, 2019, p. 45 ss.; W. Chiaromonte, A. Guariso, *Discriminazioni e welfare*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 329 ss., spec. p. 369 ss.

58. G. Terranova, *La regolarizzazione prevista dal "Decreto Rilancio": una misura adeguata?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, maggio 2020, p. 3.

59. Per cure urgenti devono intendersi, secondo il Ministero della sanità, quelle che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona, mentre per cure essenziali quelle prestazioni sanitarie, diagnostiche o terapeutiche che, pur essendo relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, potrebbero col tempo determinare un maggior danno alla salute o rischi per la vita (circolare n. 5 del 24.3.2000; tale definizione è stata confermata dal d.p.c.m. 12.1.2017 sui livelli essenziali di assistenza). L'assistenza sanitaria nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno viene erogata previo rilascio di un tesserino con codice regionale individuale S.T.P. (straniero temporaneamente presente), che identifica l'assistito per tutte le prestazioni erogabili con finalità prescrittive e di rendicontazione. Cass. SU 5.6.2012 - 10.6.2013, n. 14500 ha affermato che la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero che comunque si trovi nel territorio nazionale comprende non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita.

60. Corte cost. 17.7.2001, n. 252. Si veda pure l'art. 19, co. 2, lett. *d)-bis*, TU immigrazione. Cfr. C. Corsi, *op. cit.*, spec. p. 58 ss.

in ragione dell'irregolarità del suo *status*, e ciò a prescindere da quanto da ultimo previsto dal d.l. 34/2020. Ciò nonostante il Governo, consapevole del rischio per la salute collettiva derivante dalla possibile diffusione del contagio, specie in quelle aree del Paese all'interno delle quali i migranti irregolari vivono in condizioni precarie anche dal punto di vista igienico-sanitario⁶¹, e in cui è particolarmente difficoltoso il rispetto delle prescrizioni anti-Covid-19 (che spesso richiedono distanziamento e isolamento domiciliare), ha cercato di neutralizzare tale rischio anche attraverso la regolarizzazione; a essa, peraltro, conseguirà anche il diritto del migrante di iscriversi al SSN e di avere, quindi, un medico curante, il che eviterà, in caso di contagio, che esso debba recarsi al pronto soccorso col rischio di diffondere il virus⁶².

In relazione alla carenza di manodopera, ha giocato un ruolo importante quanto emerso in relazione, in particolare, al settore agroalimentare, che costituisce l'architrova del sistema industriale italiano, con 1,2 milioni di unità lavorative annue⁶³ e circa 1,6 milioni di imprese⁶⁴. Sarebbero difatti almeno 250.000, secondo Confagricoltura, i posti di lavoro rimasti vacanti a causa della diffusione del Covid-19⁶⁵. Tale carenza di manodopera, e in particolare di manodopera migrante, che rappresenta una significativa quota parte di coloro che raccolgono frutta e ortaggi⁶⁶, ha costituito dunque un'ulteriore ragione – ma non è certo la prima volta⁶⁷ – che ha spinto l'Esecutivo a intervenire con l'ennesimo provvedimento di regolarizzazione.

61. Cfr. P. Campanella (a cura di), *Vite sottocosto. 2° Rapporto Presidio*, Roma, Aracne, 2018; M. D'Onghia, *Gli immigrati resi ancora più invisibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, aprile 2020.

62. G. Terranova, *op. cit.*, p. 3.

63. Istat, *L'andamento dell'economia agricola – anno 2017*, 17.5.2018. Le unità di lavoro rappresentano una misura dell'occupazione con la quale le posizioni lavorative a tempo parziale sono riportate – al netto della cassa integrazione guadagni – in unità di lavoro a tempo pieno. I dati del 2019 hanno registrato un aumento dello 0,7% delle unità di lavoro rispetto all'anno precedente: Istat, *Andamento dell'economia agricola – anno 2018*, 14.5.2019.

64. ICE - Agenzia per la promozione all'estero e l'internazionalizzazione delle imprese italiane, *L'agroalimentare in Italia. Produzione ed esport*, 2017.

65. Così il comunicato stampa del 31.3.2020, *Coronavirus, Giansanti (Confagricoltura): emergenza manodopera nelle campagne*, <https://toscana.confagricoltura.it/ita/notizie/news-7/coronavirus-giansanti-confagricoltura-emergenza-manodopera-nelle-campagne>.

66. Per la precisione, 405.000 tra regolari e irregolari, in base alle stime del CREA su circa un milione di lavoratori agricoli: M.C. Macrì, *Il contributo dei lavoratori stranieri all'agricoltura italiana*, cit.

67. Nel commentare la sanatoria del 2002, C. Di Andrea, *Cronache costituzionali 2002*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 769 ss., ricordava l'ordine del giorno 9/2454/33 a firma dei parlamentari dell'allora maggioranza di centrodestra, accolto dal secondo Governo Berlusconi, che proprio in occasione dell'approvazione della Bossi-Fini chiedeva un intervento di sanatoria sulla premessa, si leggeva nell'o.d.g., «che è stata più volte manifestata l'esigenza da ampi settori del mondo imprenditoriale e associativo, preoccupati soprattutto dalle difficoltà cui potrebbero andare incontro nel reperimento di manodopera».

3.1. *Le aspettative e i numeri reali della sanatoria*

Tante erano, dunque, le aspettative riposte sulla procedura di cui all'art. 103: dall'emersione del lavoro sommerso e/o irregolare alla tutela della salute dei migranti, sino al soddisfacimento della massiccia domanda di lavoro rinveniente soprattutto dal settore primario. La cifra, spesso evocata alla vigilia dell'approvazione del d.l. 34/2020, era quella, già prima richiamata, dei 600.000 da regolarizzare, attribuita, di volta in volta, alla platea generale o solamente ai lavoratori in agricoltura⁶⁸.

Il problema è che, a causa delle criticità sulle quali ci si soffermerà nel prosieguo, la procedura delineata dal decreto ha consentito di regolarizzare un numero molto più esiguo di lavoratori che, peraltro, tenuto conto delle lungaggini burocratiche, hanno ottenuto il nuovo *status* troppo tardi per poter salvare la stagione agricola, dal momento che «i tempi della natura non coincidono con quelli della burocrazia»⁶⁹.

Più nel dettaglio, secondo i dati ufficiali⁷⁰, alla scadenza del termine ultimo (fissato prima al 15 luglio e poi prorogato al 15 agosto), il totale delle domande ricevute dal portale del Ministero dell'interno ammonta a 207.542, con una prevalenza di quelle riguardanti il lavoro domestico e di assistenza alla persona (circa l'85% del totale delle domande trasmesse, pari a 176.848⁷¹), rispetto alle domande per l'emersione del lavoro subordinato (il 15% del totale, pari a 30.694); tra queste, solo circa 29.500 riguardano l'agricoltura (le rimanenti concernono la pesca e altri settori). Vanno poi aggiunte le richieste di permesso di soggiorno temporaneo, pari a 12.986, prevalentemente riconducibili al settore agricolo in quanto qui sono occupati i tanti richiedenti asilo che sono proprio coloro che hanno avanzato l'istanza⁷².

68. Secondo l'ultimo dossier immigrazione di Idos (*Dossier statistico immigrazione*, Roma, Idos Edizioni, 2019), rispetto ai 5 milioni di stranieri che risiedono regolarmente in Italia, gli irregolari, stimati intorno a 530.000 all'inizio del 2018, potrebbero arrivare a circa 680.000 alla fine del 2020.

69. G. Terranova, *op. cit.*, p. 3.

70. Cfr. il *Report*, aggiornato alle ore 24.00 del 15.8.2020 (data ultima di presentazione delle domande) su: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf.

71. Più nel dettaglio, le richieste per collaboratori e collaboratrici familiari sono state oltre 122.000, mentre oltre 54.000 hanno riguardato le badanti. In questo settore va anche evidenziato il basso numero di richieste per immigrati provenienti da Filippine ed Ecuador (non presenti nel Report del Viminale fra le prime dieci nazionalità), che invece di fatto rappresentano una buona parte dei lavoratori addetti a tali servizi. Rispetto al Paese di provenienza del lavoratore, infatti, ai primi posti risultano l'Ucraina, il Bangladesh, il Pakistan, la Georgia e il Marocco. La Lombardia è la regione da cui sono state inviate il maggior numero di richieste per il settore del lavoro domestico e di assistenza alla persona (47.357) mentre al primo posto per il lavoro subordinato si trova la Campania (6.962). A livello provinciale ai primi tre posti ci sono Milano (22.122), Napoli (19.239) e Roma (17.318) per le domande per l'emersione del lavoro domestico, e Caserta (2.904), Ragusa (2.005) e Latina (1.897) per l'emersione del lavoro subordinato. Quanto alla nazionalità dei datori di lavoro che hanno presentato le domande, sono cittadini italiani nel 77% dei casi di rapporti di lavoro domestico e nel 91% dei casi in ambito agricolo.

72. In proposito, va anche ricordato che un punto controverso sul campo di applicazione soggettiva della sanatoria ha riguardato proprio i richiedenti asilo, ex d.lgs. 25/2008, risolto positivamente dalla circolare congiunta Ministero dell'interno e del Ministero del lavoro del 24.7.2020 (si veda anche Tar Marche, 17.9.2020, n. 369).

I numeri effettivi della sanatoria rivelano, dunque, che nel comparto agricolo sono stati coinvolti poche decine di migliaia di invisibili, circa un sesto del numero di lavoratori stagionali richiesti dalle associazioni di categoria (che avevano parlato di più di 200.000 braccianti mancanti), pari al 10% dei lavoratori immigrati attualmente impiegati nel settore, numeri molto distanti anche dagli obiettivi sottesi a tale procedura. È bene ribadire come il Governo, nel presentare l'iniziativa, più volte abbia enfatizzato proprio la centralità del settore agricolo nella sanatoria e l'intento di ottenere un duplice risultato: da una parte, evitare il rischio di potenziali carenze di manodopera nei campi per le chiusure delle frontiere determinate dal diffondersi della pandemia e, dall'altra, porre un freno allo sfruttamento dei braccianti stranieri da parte di caporali e imprenditori agricoli senza scrupoli.

Ma le domande pervenute sembrano smentire tali obiettivi, sia perché non pare abbiano contribuito a evitare che “la frutta marisca nei campi”, sia perché non sono riusciti davvero a “battere il caporalato”.

Per altro verso, tuttavia, non va sottovalutata la portata della sanatoria, posto che il numero di domande si è comunque avvicinato moltissimo alla stima, sia pure del tutto ipotetica, di 220.000 richieste contenuta nella Relazione tecnica del «decreto Rilancio»⁷³; si tratta di numeri non trascurabili, specie se li si rapporta all'ultima precedente sanatoria che, come già osservato (§ 2.1), si era fermata a circa 135.000 domande, con un incremento, dunque, nel 2020 del 54% rispetto al 2012.

Ciò che colpisce, semmai, è la composizione per tipo di lavoro delle domande, posta la netta prevalenza delle domande presentate da datori di lavoro nell'ambito del lavoro domestico e della cura della persona; il che rileva come gli invisibili dei campi, che spesso vivono in situazioni alloggiative fatiscenti e lavorano per tre euro l'ora, non di rado sotto caporalato, sono rimasti tali nonostante la norma fosse stata pensata proprio per loro, come testimoniano anche recenti notizie di cronaca⁷⁴.

Quali le ragioni di questo parziale successo, o, per dirla in toni più pessimisti⁷⁵, del *flop* della sanatoria nel settore agricolo? Per provare a fornire una qualche sintetica risposta è necessario ricostruire sinteticamente il quadro normativo di riferimento, privilegiando alcuni

73. Cfr. http://www.regioni.it/cms/file/Image/upload/2020/S_1874_Relaz_tecnica_15072020.pdf (p. 118).

74. Solo per citare l'ultimo caso, in ordine di tempo, lo scorso 24.8.2020 la Guardia di Finanza ha sequestrato l'azienda agricola StraBerry a Cassina de' Pecchi (Milano) nell'ambito di un'indagine sul caporalato. Il decreto è stato eseguito dalla Guardia di Finanza che ha accertato un «sistematico sfruttamento illecito della manodopera agricola a danno di circa 100 lavoratori extracomunitari». Dalle indagini sono emerse «anomalie nelle assunzioni e nelle retribuzioni dei dipendenti dell'azienda» e «gravi e perduranti violazioni delle norme che regolano l'impiego dei braccianti agricoli». I lavoratori erano costretti a turni di 9 ore dietro pagamento di 4,50 euro all'ora; alla iniqua retribuzione si aggiungevano vessazioni durante il lavoro, il tutto sotto la minaccia costante del licenziamento (cfr: <https://www.lastampa.it/milano/2020/08/24/news/sequestrata-la-straberry-l-azienda-sfruttava-i-braccianti-4-5-euro-l-ora-1.39226954>).

75. Di vero e proprio «fallimento della sanatoria» si parla in un recente articolo del settimanale *L'Espresso* del 23.8.2020, dal titolo *Al mercato dei falsi contratti*, p. 39 ss.

profili più problematici, relativi soprattutto al campo di applicazione, e tralasciando, invece, gli aspetti più strettamente procedurali.

4. La procedura per la regolarizzazione e i principali profili di criticità. I due canali di accesso all'emersione

Veniamo, dunque, ai contenuti del provvedimento di regolarizzazione disposto dall'art. 103 del d.l. 34/2020 e alle principali criticità che esso presenta e che, come si anticipava, in vario modo hanno condizionato la sua efficacia in termini di risultati attesi.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio un provvedimento complicato, con profili talvolta al limite della legittimità costituzionale⁷⁶, scarsamente organico e a tratti anche incoerente rispetto alle intenzioni dichiarate di voler regolarizzare il lavoro sommerso e tutelare la salute individuale e collettiva⁷⁷. È opportuno, tuttavia, porre in luce almeno le condizioni essenziali per l'accesso alla regolarizzazione, anticipando fin d'ora la conclusione che, per quanto la scelta governativa rappresenti certamente un passo in avanti per la tutela dei diritti dei lavoratori migranti irregolari, soprattutto se si considera la già ricordata timidezza dell'attuale Esecutivo in tema di immigrazione, allo stesso tempo sono stati compiuti una serie di passi indietro che rischiano di vanificarne gli effetti. A un impianto normativo insufficiente si sono aggiunte, infatti, le difficoltà di una procedura macchinosa: la presenza di una serie di norme ostative e di paletti alla regolarizzazione non solo sollevano molti dubbi, anzitutto in relazione alle finalità enunciate dal decreto-legge, ma soprattutto hanno inciso in maniera considerevole sul numero dei potenziali lavoratori da regolarizzare⁷⁸.

Anzitutto, il d.l. 34/2020 individua due distinte ipotesi di regolarizzazione.

La prima consentiva ai datori di lavoro (cittadini italiani, dell'Unione europea o stranieri in possesso di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) di presentare un'istanza per:

76. Per una disamina di tali aspetti si rinvia a P. Morozzo della Rocca, *La regolarizzazione dei lavoratori stranieri tra molte incertezze e possibili contenziosi*, in *Il Corriere giuridico*, 2020, n. 8-9, p. 1017 ss.

77. Cfr. M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, in *Diritti senza confini – Dir., imm. citt. / Quest. giust.*, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sanatoria-ai-tempi-del-coronavirus-28-05-2020.php>, 28.5.2020; L. Palumbo, *The Italian Plan for Regularisation: Real Progress for Migrants' Rights?*, in *Migration Policy Centre Blog*, 8.6.2020; E. Santoro, *Danzando sui gusci d'uovo. Indicazioni per rendere più inclusive le procedure previste dall'art. 103 d.l. 34/2020*, in *L'altro diritto*, <http://www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/danzando-gusci-uovo.pdf>. Per una prima lettura della bozza del d.l. cfr. A. De Petris, *Covid-19 e immigrazione: l'urgente necessità di una regolarizzazione*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, aprile 2020.

78. È, tuttavia, condivisibile che «una regolarizzazione zoppicante è comunque preferibile alla rinuncia alla regolarizzazione in attesa di quella perfetta»: S. Briguglio, *op. cit.*

(a) la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato con uno straniero presente sul territorio nazionale, ovvero

(b) per l'emersione di un rapporto di lavoro irregolare già in essere al 19 maggio 2020 con un cittadino straniero (ma anche con un cittadino italiano o dell'Unione europea⁷⁹).

In entrambi i casi, gli stranieri dovevano poter dimostrare, attraverso uno dei mezzi di prova espressamente indicati nel decreto, di essere presenti in Italia prima dell'8 marzo 2020 (cfr. *infra*, § 4.2).

La seconda, invece, consentiva agli stranieri con permesso di soggiorno scaduto dopo il 31 ottobre 2019 e che avessero lavorato in uno dei settori individuati dal decreto (dei quali si dirà *infra*, § 4.1) di richiedere un permesso di soggiorno per ricerca di lavoro della durata di 6 mesi, convertibile in permesso di soggiorno per lavoro nel caso in cui, nel termine di durata del permesso temporaneo, fossero riusciti a trovare un'occupazione in uno dei settori individuati. È difficile, peraltro, immaginare che lo straniero, una volta scaduto il termine, non avendo trovato un'occupazione si autodenunci o chiedi alle autorità pubbliche di essere rimpatriato; è invece assai più probabile che egli torni a lavorare nell'economia sommersa. In altri termini, se è vero che l'attivazione di questo secondo canale di emersione ha permesso di prescindere dalla intercessione delle aziende, è altrettanto vero che esso rischia di tramutarsi in un'illusione: terminati i sei mesi, chi non avrà trovato lavoro tornerà irregolare. Si tratta dell'annosa questione della debolezza intrinseca di una popolazione di lavoratori la cui stabilità resta subordinata al rinnovo del rapporto occupazionale e, dunque, in ultima analisi, alla volontà del datore di lavoro, non diversamente, per altro da altri segmenti deboli della forza lavoro. Ciò detto, non dovrebbe sottovalutarsi che questa procedura, a differenza del passato, è su iniziativa del lavoratore.

È necessario, a questo punto, riepilogare sinteticamente il campo di applicazione dell'art. 103, in relazione tanto ai settori coinvolti e, *a contrario*, a quelli esclusi, quanto ai destinatari della regolarizzazione e alle cause ostative (cfr. *infra*, § 4.1), per poi soffermarci sul difficile onere probatorio imposto allo straniero per dimostrare la presenza in Italia a una determinata data (prova difficile proprio per chi non vuole lasciare traccia del suo soggiorno irregolare) e, più in generale, sulle difficoltà di accertamento dei requisiti richiesti

79. È bene sottolineare che il provvedimento in esame disciplina anche l'emersione di lavoratori italiani e di cittadini dell'Unione europea irregolari; tuttavia, nell'economia del presente contributo si tratta esclusivamente delle procedure di emersione/regolarizzazione relative ai cittadini di Paesi terzi. Per un approfondimento del complesso tema dell'emersione dal lavoro sommerso, in una dimensione più strettamente nazionale, si rinvia, *ex plurimis*, a M. Faioli, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Milano, Giuffrè, 2008; A. Viscomi (a cura di), *Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008; D. Gottardi (a cura di), *Legal frame work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Torino, Giappichelli, 2016; V. Ferrante (a cura di), *Economia informale e politiche di trasparenza*, cit.; E. D'Avino, *Emersione e tutele del lavoro irregolare: una prospettiva comparata di sicurezza sociale*, Napoli, Satura, 2018.

ai destinatari della complessa procedura (cfr. *infra*, § 4.2), sempre nella logica di far emergere i profili più problematici.

Prima di fare ciò, vale la pena ricordare che, come si anticipava, tutte le domande di regolarizzazione dovevano essere presentate telematicamente fra il 1° giugno e il 15 agosto 2020⁸⁰. La domanda di emersione del lavoratore straniero poteva essere presentata previo pagamento da parte del datore di un contributo forfettario di 500 euro per ciascun lavoratore. Inoltre, per la sola domanda di regolarizzazione di un rapporto di lavoro irregolare era richiesto il pagamento di un ulteriore contributo forfettario a titolo contributivo, retributivo e fiscale, il cui importo avrebbe dovuto essere determinato con decreto dei Ministeri di lavoro, economia, agricoltura e interno, invero approvato in via definitiva molto dopo il termine ultimo per la presentazione delle istanze di regolarizzazione⁸¹. Ciò ha comportato, di fatto, che le imprese abbiano avviato la procedura senza sapere quanto sarebbe costata effettivamente l'emersione: una sorta di salto nel buio che, in alcuni casi, ha contribuito anche a scoraggiare molti datori di lavoro⁸².

Per quanto concerne, invece, la domanda per un permesso di soggiorno temporaneo, il lavoratore prima dell'inoltro doveva versare un contributo di 130 euro, più una cifra di 30 euro per gli oneri relativi agli adempimenti effettuati.

Come l'esperienza passata insegna, anche in questa ultima sanatoria, nonostante quanto disponga la norma, il rischio che i costi della regolarizzazione ricadessero, nella pratica, sugli stessi lavoratori si è rivelato concreto. Da alcune recenti indagini giornalistiche si apprende che la procedura, in non pochi casi, sia sfociata in «un mercato illegale a spese degli ultimi», testimoniato da molteplici segnalazioni «di “padroni” che hanno scelto a chi concedere il contratto, ancora una volta dietro lauto compenso»⁸³.

80. Inizialmente fissata al 15.7.2020, la scadenza per l'invio delle istanze di sanatoria è stato successivamente posticipata al 15.8.2020 dall'art. 3 del d.l. 52/2020.

81. Il decreto, approvato in Consiglio dei ministri l'8.7.2020, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale solo l'8.9.2020. L'importo del contributo forfettario è pari a 300 euro per i settori dell'agricoltura e attività connesse, e a 156 euro per il settore dell'assistenza alla persona e del lavoro domestico; sui profili applicativi si veda anche la circolare, a firma congiunta del Ministero dell'interno e del Ministero del lavoro, del 30.9.2020 (<https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2020/Circolare-congiunta-del-30092020-Decreto-contributo-forfettario.pdf>).

82. Secondo la Flai-Cgil, oltre 1.837 domande sono rimaste ferme allo stato di bozza per il settore agricolo proprio perché i datori di lavoro si presentavano presso le strutture provinciali per chiedere i costi dell'apertura dell'istanza e, non avendo certezza di quale esborso ulteriore avrebbero dovuto affrontare, desistevano (cfr. G. Mininni, *Regolarizzazioni, la nostra battaglia continua*, in https://www.collettiva.it/copertine/diritti/2020/08/20/news/regolarizzazioni_la_nostra_battaglia_per_l_emersione_pr_osegue-230325/, 20.8.2020).

83. V. la già citata indagine condotta da *Lorem Ipsum*, collettivo di giovani giornalisti *freelance* che collabora con *L'Espresso*, pubblicata sul settimanale del 23.8.2020, cit., p. 40.

4.1. *Il campo di applicazione. I settori produttivi coinvolti e le cause ostative*

Passando all'esame del campo di applicazione, ha sollevato da subito innumerevoli critiche la scelta di limitare le procedure di emersione solo ad alcuni settori economici e produttivi, sostanzialmente, cioè, a tre comparti: quello dell'agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse; quello dell'assistenza alla persona per sé stessi o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza; infine, quello del lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare.

Al di là di alcuni dubbi interpretativi circa la precisa individuazione dei confini dei predetti settori lavorativi (meglio precisati da alcuni provvedimenti attuativi⁸⁴), appare del tutto irragionevole la scelta di una limitazione settoriale, neppure giustificata dalla necessità di reperire manodopera utile per la contingenza lavorativa soltanto per determinate filiere, sul presupposto, non provato, che la grave crisi occupazionale derivante dalla pandemia non avrebbe consentito comunque l'assorbimento in altri settori lavorativi (si pensi, ad esempio, all'edilizia, al turismo o alla ristorazione)⁸⁵.

Sono stati così lasciati fuori dall'emersione quasi 200.000 irregolari del settore edile e moltissimi altri nella logistica, nei trasporti, nel commercio e nel turismo, dove lavoro nero, analogamente al comparto agricolo, significa molto spesso sfruttamento⁸⁶. Viene naturale chiedersi quale volume di domande sarebbe stato raggiunto se si fosse aperta la possibilità di regolarizzarsi a lavoratori occupati in tutti i settori economici. Certo è che questa limitazione appare ben poco coerente con lo scopo dichiarato dell'emersione e con lo stesso obiettivo iniziale della misura, ovvero garantire la sicurezza e la salute di tutti i cittadini⁸⁷.

84. Il decreto interministeriale del 27.5.2020 ha predisposto un allegato nel quale sono stati specificatamente elencati (con i relativi codici Ateco) le attività da considerarsi connesse al comparto di riferimento. Analogamente, sono stati forniti chiarimenti (cfr. circolare Inps n. 68 del 31.5.2020) anche con riferimento alle attività di assistenza alla persona, equiparando, ad esempio, ai datori di lavoro domestico persona fisica anche alcune persone giuridiche, quali le convivenze di comunità religiose (conventi, seminari) e militari (caserme, comandi, stazioni) che hanno lavoratori addetti al servizio diretto e personale dei conviventi e anche le comunità senza fini di lucro (orfanotrofi e i ricoveri per anziani il cui fine è prevalentemente assistenziale), qualunque sia il numero dei componenti. Sono stati esclusi, invece, gli alberghi, le pensioni, gli affittacamere e le cliniche private, i collegi-convitti, anche se esercitati senza fine di lucro, perché la convivenza non è fine a sé stessa, ma mezzo per conseguire finalità educative.

85. Critico, fra gli altri, anche P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in www.federalismi.it, 20.5.2020, p. 25. Di una scelta restrittiva, dettata, più che dalla «coerenza», da «un compromesso politico», parla anche P. Morozzo della Rocca, *La regolarizzazione dei lavoratori stranieri*, cit., p. 1018.

86. Basti qui ricordare le recenti inchieste giudiziarie sul mondo dei *rider* e delle piattaforme (si pensi al caso Uber Italy; cfr: <https://www.ilsole24ore.com/art/capolarato-rider-tribunale-milano-commissaria-uber-italy-ADMPTEU>), che hanno fatto emergere situazioni di grave sfruttamento di centinaia di *rider*, spesso migranti e richiedenti asilo, reclutati in situazioni di emarginazione sociale.

87. In tal senso anche M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, cit.

Ma v'è di più. L'aver lasciato fuori molti comparti ha impedito di offrire un'opportunità di regolarizzazione a chi già di fatto lavorava in quei settori, contribuendo a sviluppare quel mercato di contratti di lavoro falsi – già prima menzionati – venduti da datori di lavoro italiani, a cifre anche esorbitanti, spesso grazie all'aiuto di intermediari stranieri che hanno approfittato delle difficoltà dei connazionali per raggiurarli. Non a caso si è parlato di una vera e propria «compravendita delle indulgenze»⁸⁸, con l'effetto paradossale che una normativa nata per “sanare” le illegalità abbia finito per favorirle. Per molti *sans papier*, disposti a dare tutto pur di regolarizzarsi, è diventata una questione di vita o di morte, motivo per il quale hanno subito ricatti e pressioni, fino a pagare tutto di tasca propria.

Peraltro, la normativa si presenta contraddittoria, posto che lo stesso art. 103, al comma 4, dispone che, se dopo una prima assunzione per lo svolgimento del lavoro in una delle categorie indicate il rapporto di lavoro cessa – magari per dimissioni – e sia rilasciato un permesso di soggiorno per attesa occupazione, nulla impedisce che il lavoratore possa essere assunto in altri settori lavorativi, stante peraltro il richiamo esplicito all'applicazione delle garanzie di cui all'art. 22 del TU immigrazione che dovrebbe assicurare, a seguito dell'iscrizione al Centro per l'impiego, il pieno accesso all'intero mercato del lavoro⁸⁹. In altri termini, il permesso di soggiorno per lavoro ottenuto a seguito della procedura di regolarizzazione consente al lavoratore di poter svolgere, in seguito, qualsiasi attività lavorativa, il che pare confermare ulteriormente l'irragionevolezza di questa limitazione settoriale⁹⁰.

La norma prevede anche determinate cause ostative, di inammissibilità e di rigetto dell'istanza, per i datori di lavoro e per i lavoratori, connesse a circostanze rilevanti sotto il profilo penale o della pericolosità.

Sul versante datoriale, le cause di inammissibilità sono state individuate nelle condanne, anche non definitive o pronunciate a seguito di patteggiamento, riportate dal datore di lavoro negli ultimi 5 anni per i reati legati allo sfruttamento lavorativo e dell'immigrazione: dal favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati ai reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; dal reato di riduzione o mantenimento in servitù o in schiavitù all'intermediazione illecita e allo sfruttamento del lavoro, di cui all'art. 603-*bis* c.p., compreso anche l'aver occupato alle proprie dipendenze lavoratori privi del permesso di soggiorno (art. 22, comma

88. Il riferimento è sempre alla citata indagine condotta da *Lorem Ipsum*, cit.

89. Le garanzie previste dall'art. 22, co. 11, del TU immigrazione a tutela del lavoratore che abbia perso il posto di lavoro comportano, infatti, il diritto del lavoratore straniero ad «essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque [...] per un periodo non inferiore ad un anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore».

90. In tal senso cfr. anche P. Bonetti, *op. cit.*

12, TU immigrazione). Costituisce, inoltre, causa di rigetto dell'istanza formulata nell'ambito del primo canale di emersione e causa di rigetto dell'istanza di conversione formulata nell'ambito del secondo canale il fatto che il datore di lavoro, in occasione di precedenti procedure di emersione o di precedenti procedure di ingresso di cittadini stranieri per motivi di lavoro subordinato, si sia reso responsabile della mancata sottoscrizione del contratto di soggiorno o della mancata assunzione del lavoratore, salvo dimostrare la riconducibilità di tali mancanze a cause di forza maggiore a lui non imputabili.

In ogni caso, la presentazione dell'istanza sospende i procedimenti amministrativi e penali nei confronti del datore di lavoro (anche di carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale) riconducibili all'impiego irregolare dei lavoratori per i quali è stata presentata la dichiarazione di emersione, con l'eccezione dei fatti ascrivibili a immigrazione ed emigrazione clandestina, intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro.

Dal lato degli stranieri, invece, sono stati esclusi dalla possibilità di emersione, oltre a coloro che sono considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, anche quelli colpiti da un provvedimento di espulsione per motivi di ordine pubblico, sicurezza dello Stato, prevenzione del terrorismo e per motivi di pericolosità sociale o condannati (anche in via non definitiva) per delitti contro la libertà personale, spaccio di stupefacenti, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, reclutamento e sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Anche nei confronti del cittadino straniero i procedimenti penali e amministrativi riconducibili all'ingresso ed al soggiorno illegale sul territorio nazionale restano sospesi fino alla definizione delle istanze di emersione; restano esclusi dalla sospensione i procedimenti aventi ad oggetto gli illeciti di cui all'art. 12 TU immigrazione (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, favoreggiamento della permanenza illegale).

La sospensione dei procedimenti cessa se non viene presentata l'istanza di emersione oppure se la stessa si conclude con un rigetto o un'archiviazione. I procedimenti sospesi nei confronti del datore di lavoro vengono, tuttavia, ugualmente archiviati qualora l'esito negativo dell'istanza derivi da cause indipendenti dalla volontà e dalla condotta del datore di lavoro. Una previsione, questa, che rivela un significativo *favor* del legislatore verso il datore di lavoro, specie se si considera che la stessa opportunità non viene, invece, riconosciuta al cittadino straniero, nei cui confronti, in caso di esito negativo dell'istanza per cause a lui non addebitabili, i procedimenti sospesi riprendono il loro corso.

Nell'ambito del primo canale di emersione, qualora l'istanza si concluda positivamente ed intervenga la sottoscrizione del contratto di soggiorno, la comunicazione obbligatoria di assunzione e il rilascio del permesso di soggiorno, i reati e gli illeciti amministrativi oggetto dei procedimenti sospesi si estinguono sia nei confronti del datore di lavoro, sia nei confronti del lavoratore.

Nell'ambito del secondo canale di emersione, invece, i reati e gli illeciti amministrativi nei confronti del cittadino straniero si estinguono solo nel caso in cui intervenga la conversione del permesso di soggiorno temporaneo, con conseguente rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

4.2. Le difficoltà probatorie per attestare il possesso dei requisiti richiesti ai fini della regolarizzazione

L'art. 103 del d.l. 34/2020 prevede anche una serie di ulteriori requisiti notevolmente onerosi e difficilmente integrabili da parte degli stranieri interessati, a iniziare dalla prova della presenza sul territorio nazionale prima dell'8 marzo 2020 e del mancato allontanamento successivo a tale data dal territorio nazionale⁹¹.

Nel primo caso, si è trattato – nelle intenzioni del legislatore – di una condizione funzionale anzitutto a evitare possibili ingressi successivi all'8 marzo 2020 determinati unicamente dalla finalità di beneficiare della regolarizzazione. Come si è visto (cfr. *retro*, § 2.1), tutte le procedure di sanatoria sin qui sperimentate hanno imposto allo straniero di provare la presenza sul territorio nazionale anteriormente a una certa data, e ciò al fine di evitare proprio il c.d. “effetto richiamo” nei confronti di nuovi ingressi, anche se tali previsioni non sempre hanno prodotto gli esiti sperati. In relazione alla sanatoria del 2020, tuttavia, il rischio di un “effetto richiamo” era altamente improbabile, posto che durante la pandemia la possibilità di spostarsi legalmente, in particolare da un Paese all'altro, è stata fortemente limitata, e che pure gli ingressi irregolari, e soprattutto gli sbarchi, hanno subito, nello stesso periodo, un fortissimo rallentamento⁹².

Un ragionamento analogo può essere sviluppato in relazione al mancato allontanamento dello straniero dal territorio nazionale successivo all'8 marzo 2020: si può ritenere che anch'esso sia stato altamente improbabile, dal momento che pare alquanto inverosimile che uno straniero già presente in Italia prima dell'8 marzo abbia potuto – nel pieno del periodo di *lockdown* che ha paralizzato l'intero Paese – uscire e, quindi, rientrare sul territorio nazionale.

Ancor più rilevante è la questione del regime della prova della presenza in Italia prima dell'8 marzo 2020 in relazione alla prima ipotesi di regolarizzazione (concernente la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato con uno straniero già presente sul territorio nazionale, ovvero l'emersione di un rapporto di lavoro irregolare già in essere al 19 maggio 2020). Il comma 1 dell'art. 103 dispone, infatti, che tale prova doveva essere necessariamente fornita attraverso una delle tre modalità espressamente previste:

91. Per una esaustiva disamina di tali aspetti cfr. M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, cit.

92. I dati diffusi dal Ministero dell'interno a luglio 2020 parlano di 241 sbarchi registrati a marzo 2020, 671 ad aprile e 1.654 a maggio; negli stessi mesi del 2018, gli sbarchi registrati sono stati, rispettivamente, 1.049, 3.171 e 3.963: cfr. https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-07/cruscotto_statistico_giornaliero_16-07-2020.pdf.

a) il rilievo fonodattiloscopico, che – come è noto – è eseguito solo nei confronti di chi è indagato, espulso o che abbia già avuto in precedenza un permesso di soggiorno (e, quindi, non del “semplice” irregolare che non è stato mai intercettato e fotosegnalato ai fini dell’espulsione, cosa peraltro assai probabile in relazione ad attività lavorative che prevedono una lunga permanenza sul posto di lavoro e una scarsa esposizione ai controlli, come per l’appunto il lavoro di cura e quello agricolo);

b) la dichiarazione di presenza resa ai sensi dell’art. 1, comma 2, l. 68/2007 (che, nella pratica, non viene mai resa da parte di chi ha fatto ingresso da un altro Paese dell’Unione europea con un visto Schengen o di chi è entrato in Italia in regime di esenzione da visto o con un visto per soggiorno di breve durata per poi trattenervisi irregolarmente);

c) la disponibilità di un’attestazione costituita da documentazione di data certa proveniente da un organismo pubblico (si pensi, prevalentemente, al referto rilasciato da un presidio sanitario pubblico, che però, nonostante quanto preveda l’art. 35 TU immigrazione, di cui si è già detto, continua a essere frequentato solo con diffidenza e in caso di gravi urgenze dagli stranieri irregolari; o, ancora, si pensi al verbale applicativo di una sanzione amministrativa, che però non è detto che sia stato adeguatamente conservato da parte dei soggetti sanzionati)⁹³.

In breve, si è trattato di una *probatio diabolica* (in sostanza, come è stato icasticamente scritto, «la prova di non essere entrati in Italia dopo l’inizio della pandemia»⁹⁴), la cui rigidità si è scontrata, come già si ricordava, con il numero risibile di irregolari riusciti a fare ingresso nel nostro Paese dopo l’inizio dell’emergenza sanitaria. Come si è già segnalato (cfr. *retro*, § 2.1), in passato la gran parte dei casi di rigetto delle istanze di regolarizzazione è stata determinata proprio dall’incapacità dello straniero di provare la presenza in Italia prima della data di volta in volta fissata (si pensi, da ultimo, a quanto accaduto in occasione della sanatoria del 2012). Ebbene, guardando in particolare al regime della prova, è evidente che la lezione del passato non abbia insegnato granché al legislatore, poiché è palese che le condizioni previste dal d.l. 34/2020 collidano fortemente con l’obiettivo dell’emersione, non agevolando affatto lo straniero istante.

Minori problemi sono, invece, sorti per la seconda ipotesi di regolarizzazione (quella finalizzata alla richiesta, da parte di stranieri con permesso di soggiorno scaduto dopo il 31 ottobre 2019 e che abbiano lavorato in uno dei settori individuati dal decreto, di un permesso di soggiorno per ricerca di lavoro), in relazione alla quale è stata sancita una prova della presenza in Italia prima dell’8 marzo 2020 decisamente più agevole, non essendo previsto

93. Si è già ricordato che un’analoga previsione probatoria era stata prevista dalla sanatoria del 1998 e poi abbandonata nei successivi provvedimenti di regolarizzazione, a causa del contenzioso giudiziario di notevole entità che essa aveva generate, per essere poi reintrodotta nel 2012 e, infine, nel 2020.

94. M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, cit.

un elenco tassativo di mezzi di prova ammissibili, e avendo potuto lo straniero il cui permesso di soggiorno fosse scaduto provare la sua presenza, ad esempio, attraverso la fotosegnalazione alla quale è certamente stato sottoposto in occasione del rilascio dello stesso.

Semmai, in questa seconda procedura, più difficoltoso è stato trovare una qualche documentazione idonea a comprovare lo svolgimento di pregresse attività lavorative (sempre in quei specifici settori produttivi), da sottoporre, poi, per espressa previsione legislativa, al riscontro dell'Ispettorato del lavoro. Il problema è sorto, ovviamente, non nel caso in cui l'attività lavorativa pregressa era stata svolta nell'ambito di un regolare contratto di lavoro (potendosi qui lo straniero avvalere della documentazione formale attinente al rapporto lavorativo), ma nei casi, peraltro i più numerosi, di lavoro in nero. Neppure il decreto interministeriale⁹⁵, contenente l'elenco della documentazione ritenuta idonea a comprovare l'attività lavorativa svolta precedentemente al 31 ottobre 2019, è stato di aiuto, facendo sempre riferimento a documenti, come ad esempio il cedolino-paga e l'estratto conto previdenziale, sostanzialmente riconducibili a rapporti di lavoro regolari. Il risultato paradossale è stato quello di scoraggiare la regolarizzazione proprio di quei lavoratori "invisibili" che, invece, rientravano nella finalità "emersiva" del provvedimento.

Non meno farraginoso, poi, è stata la dimostrazione degli ulteriori requisiti di ammissibilità richiesti dal d.l. 34/2020, che si è tradotta in un complesso di verifiche in sede amministrativa e di vincoli procedurali per il perfezionamento della regolarizzazione, sui quali non ci si può qui dilungare, che hanno prefigurato un vero e proprio percorso a ostacoli e una conseguente tempistica di smaltimento burocratico che hanno reso particolarmente critica la procedura. Anche in questo caso, la lunga serie di sanatorie già sperimentata non è servita a ricordare al legislatore che, di fronte all'introduzione di requisiti particolarmente stringenti, le vie d'uscita alla situazione di stallo che inevitabilmente avrebbe pregiudicato il buon esito della regolarizzazione sono storicamente state due: l'individuazione di *exit strategies* (legali, ma non solo) per aggirare quanto previsto dalla legge, o l'introduzione per via legislativa di correttivi finalizzati ad allentare i requisiti fissati⁹⁶.

5. Conclusioni: un provvedimento necessario, ma insufficiente

L'analisi sin qui svolta, a partire dai dati (non tanto quantitativi, quanto piuttosto qualitativi) della sanatoria, oltre che dalle inchieste condotte sul campo, testimonia come i diversi rischi paventati, sin dalle prime settimane, per chi avesse fatto accesso alla procedura si siano trasformati in un dato concreto: dal non avere alla fine un permesso stabile, al

95. Decreto interministeriale del 27.5.2020.

96. S. Briguglio, *op. cit.*

prevalere di un mercanteggiamento dei permessi, sino a una scarsa adesione alla procedura nel settore dell'agricoltura, soprattutto a causa di quel ginepraio di disposizioni, paletti e cavilli normativi spesso qui richiamato, e trasformatosi in un vero labirinto burocratico. A nulla sono valse le diverse richieste, avanzate al Governo dalle associazioni che tutelano i diritti degli immigrati e da alcune sigle sindacali, per integrare e correggere la disposizione normativa⁹⁷. Salvo, infatti, qualche indispensabile precisazione, in sede di conversione del decreto nessuna significativa risposta è stata fornita alle varie sollecitazioni (non ultima, quella di prorogare ulteriormente il termine finale di presentazione delle domande), neppure in termini di semplificazione procedurale, come sarebbe stato auspicabile.

Ecco spiegato il risultato finale alquanto deludente di questa ottava sanatoria (e forse non l'ultima!), che resta comunque un provvedimento salutato con assoluto favore, non fosse altro nella logica del "meglio di niente". Spiace, però, constatare come la montagna abbia partorito un topolino (al netto dei notevoli risvolti economici per le casse dello Stato⁹⁸), soprattutto rispetto al più volte richiamato obiettivo di porre fine alle gravi forme di sfruttamento dei migranti e di compensare la carenza di manodopera agricola.

D'altro canto, forse non poteva che esserci questo risultato, avendo il Governo predisposto un'unica procedura, con tutti i limiti appena visti, per realizzare obiettivi molto diversi tra loro, da quello sanitario/emergenziale, per garantire il diritto alla salute a tutti gli irregolari e contestualmente contenere la pandemia, a quello economico/occupazionale, per soddisfare il fabbisogno di lavoratori in alcuni settori strategici. Le soluzioni tecniche predisposte si sono rivelate inadeguate e insufficienti rispetto alle finalità perseguite.

Per il fine sanitario meglio sarebbe stato puntare a una regolarizzazione generalizzata (di tutti gli irregolari presenti), automatica (*ope legis*), strettamente correlata, nella durata, alla situazione di emergenza sanitaria, rapida, che ben avrebbe potuto aggirare i tanti

97. Si veda, per tutti, E. Santoro, *Danzando sui gusci d'uovo. Indicazioni per rendere più inclusive le procedure previste dall'art. 103 d.l. 34/2020*, cit., contenente proprio indicazioni per rendere più inclusive le procedure di cui all'art. 103 del d.l. 34/2020.

98. A partire dai dati del Report finale del Viminale, l'Osservatorio Domina (<https://www.osservatoriolavorodomestico.it/>) ha stilato un bilancio tra i benefici della regolarizzazione e i costi sostenuti per effettuarla. Innanzitutto, le entrate date dal contributo forfettario richiesto per la regolarizzazione (500 euro o 130 euro, a seconda della modalità di presentazione) sono pari a 105,5 milioni, contro 75,2 milioni di costi di gestione amministrativa, per un saldo positivo pari a 30,3 milioni. A ciò si aggiunga l'ulteriore (e più duraturo) beneficio dovuto al fatto che ogni lavoratore, una volta regolarizzato, porterà nelle casse dello Stato anche contributi assistenziali e previdenziali, Irpef e addizionali locali. Le stime governative prevedevano – come si accennava – la presentazione di 220.000 domande, dalle quali sarebbero dovute derivare entrate per lo Stato per 94 milioni di euro. Sui benefici, specie economici, della sanatoria cfr. E. Di Porto, E.M. Martino, P. Naticchioni, *Stranieri, perché regolarizzarli è utile ora*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/66090/stranieri-perche-regolarizzarli-e-utile-ora/>, 27.4.2020; P. Di Caro, A. Sacchi, *Regolarizzare il lavoro nero fa bene al fisco*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/67109/regolarizzare-il-lavoro-nero-fa-bene-al-fisco/>, 21.5.2020; E. Di Pasquale, C. Tronchin, *Lavoratori immigrati: una vera riforma dopo la sanatoria*, in *lavoce.info*, <https://www.lavoce.info/archives/67557/lavoratori-immigrati-una-vera-riforma-dopo-la-sanatoria/>, 5.6.2020.

prevedibili “lacci e laccioli” amministrativi. In questa logica vi è anche chi ricorda come il nostro ordinamento sia già fornito dello strumento giuridico per regolarizzare, per esigenze sanitarie, tutti gli stranieri che si trovano in Italia in situazione di soggiorno irregolare; la pandemia in corso, infatti, rappresenterebbe essa stessa il motivo legale per rilasciare il permesso di soggiorno per calamità ai sensi dell’art. 20-*bis*, TU immigrazione⁹⁹.

Se il problema era, poi, l’impossibilità per i lavoratori stagionali stranieri di arrivare in Italia a causa della chiusura delle frontiere, meglio sarebbe stato orientare l’attenzione sui “corridoi verdi”, seguendo, così, le orme di altri Paesi (Francia, Germania, Gran Bretagna, Austria, Danimarca, Finlandia, Norvegia e Spagna) per colmare il *mismatch* fra domanda e offerta di manodopera e siglare con Stati dell’Est Europa accordi bilaterali basati sui principi dell’immigrazione circolare. Anche la Commissione europea aveva sollecitato gli Stati membri a garantire, attraverso questa via, la libera circolazione dei lavoratori stranieri stagionali in settori strategici come quello agricolo¹⁰⁰. In questo modo sarebbe stato possibile rilasciare, da parte dello Stato di destinazione, un permesso temporaneo per lavoro e un visto di reingresso pluriennale per i migranti che, a conclusione dei raccolti, avessero garantito di ritornare nel loro Paese di origine.

All’immigrazione circolare, però, si è preferito ancora una volta la “tradizionale” strada della regolarizzazione, con il risultato, in concreto, che a garantire le raccolte sia stato, come sempre, un esercito di irregolari. Una manodopera che è sempre presente e disponibile, nonostante le lamentele delle imprese agricole le quali, con l’obbligo di quarantena per chi proviene da Romania e Bulgaria, hanno già lanciato un nuovo allarme per la vendemmia; il che, invero, sembra celare il vero obiettivo di reclamare il ritorno dei *voucher* in agricoltura¹⁰¹.

Se vogliamo trarre qualche lezione dalla storia più recente¹⁰², va accettato che una regolarizzazione – da sola – non può essere sufficiente per affrontare l’attuale congiuntura con tutte le sue criticità, che finiscono per riproporsi puntualmente dopo un certo lasso di tempo, oltre al fatto che essa sposta l’attenzione dal vero problema che sta dietro alla irregolarità/illegalità di molti rapporti di lavoro, e cioè l’assenza di canali regolari di

99. P. Bonetti, *op. cit.*, p. 33 ss.

100. Commissione europea, *Comunicazione sull’attuazione delle corsie verdi («green lanes») previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali* (2020/C 96 I/01), 24.3.2020. Sul punto cfr. anche W. Chiaromonte, *The Italian regularisation of migrant workers facing the Covid-19 pandemic: a first critical analysis*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, luglio 2020, p. 3.

101. La reintroduzione dei *voucher* è fortemente voluta dalle associazioni datoriali, che la reclamano sin dall’inizio dell’emergenza Covid-19 (cfr. https://topnewsregionali.netweek.it/wp-content/uploads/2020/05/678-2020_07.05-nota-a-ministri-a-firma-congiunta-assessori-agricoltura.pdf).

102. In tal senso, v. M. Colucci, *Cosa insegnano trent’anni di sanatorie per gli stranieri*, in *Internazionale* (<https://www.internazionale.it/opinione/michele-colucci/2020/04/20/sanatorie-stranieri-coronavirus>), 20.4.2020.

ingresso e di strumenti adeguati di incontro tra domanda e offerta di lavoro, come sottolineato sin da subito in questa riflessione.

Peraltro, nella dialettica politica, una misura di questo tipo rischia di essere un comodo bersaglio per chi lucra consensi sull'idea che, durante una crisi sanitaria ma anche economica, si dovrebbe pensare prima al lavoro degli italiani¹⁰³, generando una nuova polarizzazione che vanifica il difficile ma necessario percorso di de-ideologizzazione e non strumentalizzazione del dibattito per individuare un terreno comune di riforma.

In altri termini, pur riconoscendo la regolarizzazione del 2020 come un provvedimento necessario, specie in questa difficile fase pandemica, resta l'urgenza di porre in essere una riforma strutturale e realistica dell'immigrazione che, superata la tradizionale impostazione securitaria ed emergenziale, ridefinisca, una volta per tutte, la normativa vigente in materia di ingressi legali e inclusione lavorativa; in definitiva, «oltre che regolarizzare gli immigrati si tratta di regolarizzare l'immigrazione»¹⁰⁴, e non per *slogan* o con norme complesse e, alla fine, poco rilevanti sul piano della loro efficacia.

La regolarizzazione non basta a ridurre automaticamente neppure lo sfruttamento nei campi, perché non è in grado, da sola, di garantire salari che non siano di povertà e di ripristinare i diritti fondamentali nei luoghi di lavoro. Né tantomeno la regolarizzazione è sufficiente a far scomparire i ghetti o a rendere più vivibile la vita dei lavoratori stagionali. Su questi profili l'art. 103 si è limitato a previsioni del tutto generiche, rinviando a «soluzioni e misure urgenti idonee a garantire la salubrità e sicurezza delle condizioni alloggiative, nonché ulteriori interventi di contrasti del lavoro irregolare e del fenomeno del caporalato» (comma 20)¹⁰⁵.

Rimane centrale, quindi, l'ingombrante questione del superamento dell'attuale disciplina nazionale in materia di migrazione economica, ove assume priorità, a fianco di una sanatoria generalizzata, la ricostruzione di un sistema di regole e di garanzie per rendere legali gli spostamenti: visti, flussi, autorizzazioni che alzino il velo sull'attuale trappola in cui imperversano burocrazia e criminalità. Allo stesso tempo, è indispensabile affrontare il tema della precarietà lavorativa e alloggiativa che vivono settori sempre più ampi della popolazione, tanto più se si considera la mobilità forzata dei lavoratori agricoli, indotti a “inseguire” la domanda di manodopera nel territorio interno e internazionale. Nel settore

103. Emblematica, in tal senso, è la severa critica di N. Forlani, *Perché le proposte dei “paladini” dei diritti degli immigrati sono foriere di nuovi guai per gli interessati*, in <https://www.ilpuntopensionielavoro.it/site/home/il-punto-di-vista/gli-immigrati-regolarmente-presenti-in-italia-questi-sconosciuti-.html>, 21.4.2020, che ritiene addirittura la sanatoria controproducente ai fini della regolarizzazione effettiva e duratura di tutti i tipi di rapporto, oltre che foriera di disoccupazione e altro lavoro sommerso.

104. Così, efficacemente, M. Colucci, *Cosa insegnano trent'anni di sanatorie per gli stranieri*, cit.

105. Molto critico anche M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, cit., che sottolinea «la superficialità e la scarsa coerenza» dell'art. 103 su questo profilo.

agricolo, poi, non possono neppure essere più rinviati quegli interventi regolativi tesi sia a riequilibrare i rapporti di forza all'interno di filiere sbilanciate, sia a redistribuire equamente il valore prodotto all'interno di esse¹⁰⁶.

Parallelamente, sarebbe necessario avviare anche un processo culturale di recupero della dignità del lavoro, in generale, e di quello agricolo, in particolare, perché lo sfruttamento è anche frutto dello scarso riconoscimento sociale attribuito proprio al lavoro agricolo, soprattutto di tipo avventizio che, in particolare in alcune zone del nostro Paese, è storicamente associato alle condizioni socioeconomiche più disagiate e alle fasce di popolazione meno qualificate, oggi sostituite da «un'umanità di scarto» rappresentata dalla popolazione migrante¹⁰⁷.

A tutto ciò si aggiunga che, in un sistema istituzionale e di *welfare* che premia la stanzialità (come evidenzia, ad esempio, il requisito della residenza richiesto per l'accesso a diverse prestazioni), la mobilità territoriale di questi soggetti mina la garanzia dei diritti relativi alle richieste e ai rinnovi dei permessi di soggiorno, all'iscrizione all'anagrafe sanitaria, nonché all'accesso alla tutela giurisdizionale. Peraltro, anche laddove si riesca a far valere, in sede giudiziaria, l'operatività del principio di non discriminazione (si pensi all'ampio contenzioso che ha consentito, in più occasioni, di correggere i fenomeni di esclusione dello straniero dalle diverse forme di *welfare*¹⁰⁸), non va trascurato che i giudici sviluppano, integrano e correggono le potenzialità del sistema, ne assicurano una maggiore coerenza in sede di tutela dei diritti, ma non possono sopperire integralmente alla mancanza di un progetto più organico e sistematico di tutela che solo l'intervento di un legislatore può delineare.

Persistere nel nesso tra “clandestinità”, marginalità sociale e pericolosità pubblica finisce per generare una sorta di effetto *boomerang*, lasciando totalmente sprovvisti i lavoratori di protezione sociale, ivi compresa quella tutela sanitaria, tanto evocata in questi mesi, affidata perlopiù (e non da oggi) all'attivismo di organizzazioni sindacali, di associazioni di volontariato, come la Caritas, e, per i più fortunati, agli organi di giustizia.

106. Il tema richiederebbe un maggiore approfondimento. Basti qui ricordare l'ampio dibattito sulle inique modalità di distribuzione del valore lungo la filiera, per cui, nella difficoltà di remunerare il lavoro in modo adeguato, si riconosce il riflesso della continua erosione della quota del valore aggiunto destinata alle imprese primarie dovuta all'enorme differenza di potere contrattuale tra gli operatori agricoli, spesso piccoli e disorganizzati, e le altre parti della filiera, in particolare la grande distribuzione organizzata, capace di imporre meccanismi sperequativi di formazione dei prezzi, come le aste informatiche al doppio ribasso. Si rinvia, per tutti, a E. Viganò, *Produttività, competitività e remunerazione del lavoro nelle filiere agroalimentari italiane*, in P. Campanella, *op. cit.*, p. 307 ss. e I. Canfora, *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, in *Agriregionieuropa*, 2018, n. 55.

107. In questi termini si esprime E. Barberis, *La vulnerabilità sociale dei lavoratori sfruttati*, in P. Campanella, *op. cit.*, p. 55 ss.

108. In proposito si rinvia a W. Chiaromonte, A. Guariso, *op. cit.*

Un appropriato sistema di gestione dei flussi stagionali potrebbe ottenere addirittura un triplice successo: rispondere in modo appropriato al fabbisogno di lavoro nei picchi stagionali; rafforzare il potere contrattuale e, dunque, le tutele dei lavoratori; stimolare lo sviluppo nei Paesi d'origine. Le misure che controllano o regolano la migrazione hanno, infatti, un impatto sostanziale sul mercato del lavoro, sullo sviluppo economico e sul benessere sociale, prima di tutto dei Paesi di destinazione.

In questa prospettiva, resta imprescindibile che qualunque intervento legislativo, anche quello più garantista, debba smettere di considerare gli immigrati, specie se irregolari, come una massa indistinta, trascurando il fatto che si tratta, invece, di decidere di aspetti essenziali della vita di tanti singoli individui¹⁰⁹. Il che significa, in definitiva, null'altro che attenersi alla visione solidaristica della nostra Costituzione, che colloca la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale, generando così un circolo virtuoso tra sicurezza, dignità e solidarietà¹¹⁰.

109. Di estrema attualità l'efficace esemplificazione dei tanti casi di razzismo c.d. istituzionale in Italia contenuta nel libro di C. Bartoli, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

110. In tal senso, sia consentito rinviare a M. D'Onghia, *Tutele sociali e sicurezza dei lavoratori migranti in agricoltura: specificità e debolezza del quadro regolativo*, in L. Calafà, S. Iavicolo, B. Persechino (a cura di), *Lavoro insicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura*, Bologna, il Mulino, 2020, in corso di stampa, p. 105 ss.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

LAVORO, POLITICHE MIGRATORIE E SFRUTTAMENTO: LA CONDIZIONE DEI BRACCIANTI MIGRANTI IN AGRICOLTURA

di Carlo Caprioglio ed Enrica Rigo

***Abstract:** Il contributo prende le mosse dal provvedimento di regolarizzazione dei cittadini migranti adottato dal governo italiano nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 per discutere il nesso tra politiche migratorie, regolazione del mercato del lavoro e delle relazioni di produzione, in particolare nei settori, come quello agricolo, caratterizzati da stagionalità. L'articolo analizza quindi gli effetti sulla condizione giuridica della forza lavoro migrante prodotti dalla riconfigurazione delle politiche migratorie europee e italiane dell'ultimo decennio, in cui il tema del lavoro è stato progressivamente oscurato alla luce della crescente attenzione verso le c.d. "migrazioni forzate". Infine, il contributo offre una breve ricostruzione dell'apparato normativo di contrasto dello sfruttamento lavorativo, il cui approccio repressivo appare inadeguato a fronte della dimensione sistemica dello sfruttamento nell'agricoltura italiana.*

***Abstract:** The article moves from the measure of regularization of irregular migrants, adopted by the Italian government in the context of the Covid-19 pandemic, in order to discuss the link between migration policies, the regulation of the labor markets and relations of production in seasonal economic sectors such as agriculture. The reconfiguration of European and Italian migration policies that took place in the last decade has progressively obscured the issue of labor, and has mainly focus on the so called "forced migration". Finally, the article critically reflects on the Italian legal measures against labor exploitation, highlighting the limits of the penal law approach in contrasting the systemic nature of labor exploitation in agriculture.*

LAVORO, POLITICHE MIGRATORIE E SFRUTTAMENTO: LA CONDIZIONE DEI BRACCIANTI MIGRANTI IN AGRICOLTURA

di Carlo Caprioglio ed Enrica Rigo*

SOMMARIO: 1. Il lavoro agricolo dei migranti alla luce della pandemia Covid-19. – 2. Migrazioni economiche e migrazioni forzate nei mercati del lavoro dell’Unione europea. – 3. La condizione giuridica dei lavoratori migranti nel mercato del lavoro italiano e le specificità del contesto agricolo. – 4. I limiti del diritto nel contrasto allo sfruttamento lavorativo. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Il lavoro agricolo dei migranti alla luce della pandemia Covid-19

La crisi sanitaria prodotta dalla diffusione del Covid-19 ha svelato l’impatto che il controllo delle frontiere ha sulle condizioni di lavoro e, più in generale, sullo stesso modo di produzione di ambiti produttivi anche molto diversi tra loro. Il caso del lavoro migrante nell’agricoltura italiana è un valido esempio in tal senso. Nel contesto dell’emergenza, è divenuto di dominio pubblico il ruolo essenziale che i lavoratori migranti rivestono nel garantire il funzionamento della filiera agroalimentare e quindi l’approvvigionamento dei generi alimentari sugli scaffali della grande distribuzione organizzata. In contrasto con la consolidata rappresentazione mediatica del bracciantato migrante incentrata sui lavoratori africani, sui ghetti e sulle tendopoli del Meridione, è emersa, inoltre, l’incidenza decisiva della componente di manodopera agricola stagionale proveniente dai Paesi dell’Europa orientale, e da cui dipendono non solo le regioni del Sud ma anche le principali produzioni alimentari e zootecniche del Nord d’Italia.

Più complessivamente, si può dire che l’emergenza da Covid-19 abbia finalmente messo in luce il nesso – tanto evidente, quanto sovente occultato nel dibattito politico-mediatico – tra la regolazione della mobilità internazionale e la gestione del mercato del lavoro interno. Non a caso la prima conseguenza dei provvedimenti di chiusura delle frontiere Schengen tra Paesi membri dell’Unione europea, e verso l’esterno, è stata la paventata carenza di manodopera nel settore agricolo dovuta alle limitazioni alla circolazione incontrate dai lavoratori stagionali provenienti dai Paesi dall’Est Europa, ma anche India e Albania, attesi

* Il contributo è complessivamente frutto di una riflessione condivisa fra gli autori. Ai fini ANVUR, Carlo Caprioglio è autore dei paragrafi 1, 2 e 3; Enrica Rigo è autrice dei paragrafi 4 e 5. Carlo Caprioglio è Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza Roma Tre. Enrica Rigo è Professoressa Associata in Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza Roma Tre.

in Italia per la stagione della raccolta. Appena due giorni dopo la dichiarazione del *lockdown* nazionale, la Coldiretti ha lanciato l'allarme per «gli effetti disastrosi della chiusura dei confini» sulla produzione agricola italiana, in particolare rispetto ai Paesi dell'Europa orientale «da dove vengono la maggioranza dei braccianti agricoli», denunciando il rischio che oltre un quarto del raccolto stagionale andasse perduto¹. Secondo la stima della Coldiretti, l'assenza dei lavoratori stagionali avrebbe determinato il venir meno di quasi un terzo delle giornate lavorative necessarie per assicurare il funzionamento del settore.

Il 30 marzo 2020, con una comunicazione dedicata al tema della libera circolazione intra-europea nel contesto della pandemia, la Commissione europea ha condiviso le preoccupazioni delle organizzazioni dei produttori agricoli, esortando gli Stati membri a garantire e agevolare la circolazione dei lavoratori stagionali, al fine di scongiurare gravi carenze di manodopera nei settori produttivi caratterizzati da stagionalità, tra cui espressamente quello agricolo². La comunicazione enfatizza l'esigenza di garantire l'approvvigionamento di forza lavoro in alcuni settori la cui tenuta è messa a rischio dall'interruzione della mobilità interna allo spazio Schengen. Se l'enfasi sulla produzione può essere letta anche come un monito contro i limiti alla libera circolazione dei cittadini europei, la tutela della salute dei lavoratori appare invece sostanzialmente ignorata: il documento, infatti, liquida il tema con un vago invito agli Stati membri a «comunicare ai datori di lavoro la necessità di prevedere un'adeguata protezione della salute e della sicurezza»³. Nella direzione suggerita dalla Commissione si è mossa la Germania che ha approvato un meccanismo di ingressi *ad hoc* rivolto ai lavoratori agricoli stagionali, in collaborazione con le organizzazioni datoriali. La misura ha previsto un numero massimo di ingressi, il divieto di circolazione interna dei lavoratori ammessi e rigidi controlli sanitari all'arrivo e durante la permanenza⁴. Seguendo le indicazioni della Commissione, la Germania ha adottato dunque un approccio prettamente funzionalista, in cui le condizioni per l'ingresso e la posizione giuridica dei lavoratori stagionali provenienti dall'Est Europa sono state subordinate alle esigenze della produzione agricola e alla prevenzione di eventuali contagi con la popolazione residente.

Come è noto, il governo italiano si è mosso diversamente, optando per l'approvazione di una misura di regolarizzazione dei cittadini stranieri presenti sul territorio e giustificata a livello pubblico attraverso argomentazioni ulteriori rispetto a quella di garantire

1. Coldiretti, Coronavirus, 1/4 dei raccolti a rischio senza stagionali, 12 marzo 2020, disponibile a www.coldiretti.it/lavoro/coronavirus-1-4-dei-raccolti-a-rischio-senza-stagionali (ultimo accesso, 22/7/2020).

2. Commissione europea, *Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19*, 2020/C 102 I/03, par. 9-10.

3. *Ivi*, par. 10.

4. Il comunicato congiunto dei Ministri dell'interno e dell'agricoltura tedeschi è disponibile qui www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/04/erntehelfer.html (ultimo accesso 23.7.2020).

manodopera in settori specifici del mercato del lavoro. Da un lato, infatti, la regolarizzazione è stata sollecitata facendo leva sull'esigenza di rispondere alla domanda di manodopera agricola, resa urgente dall'approssimarsi della stagione della raccolta. Dall'altro, a questa argomentazione di stampo funzionalista si sono aggiunte motivazioni di natura diversa, quali il contrasto al lavoro "nero" e al caporalato, intesi come fenomeni sociali e criminali alimentati dalla condizione di irregolarità dei braccianti stranieri, nonché da motivazioni di salute pubblica connesse all'emergenza sanitaria. La stessa lettera del provvedimento – inserito all'art. 103 del c.d. Decreto Rilancio – individua in apertura le finalità della misura nel «garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva» nel contesto della crisi sanitaria e «favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari»⁵. Ciò nonostante, i requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla normativa, ovvero, la limitazione dell'emersione dei lavoratori impiegati in soli tre settori produttivi tassativamente indicati e le rigidità delle ipotesi di regolarizzazione finalizzate alla ricerca di un impiego, ne tradiscono l'approccio prettamente funzionalistico. Anche nella scelta italiana, quindi, l'obiettivo di rispondere alle esigenze della produzione appare dunque come prevalente rispetto alle finalità dichiarate di tutela della salute e di regolarità delle relazioni lavorative.

In breve, la normativa disegna un meccanismo di regolarizzazione a due canali. Il primo, individuato al comma 1 dell'art. 103 del DL Rilancio, prevede il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato in presenza di un'offerta di nuovo impiego o della dichiarazione di emersione di un rapporto irregolare già esistente in uno dei seguenti settori: agricoltura, allevamento e attività connesse; lavoro domestico e assistenza alla persona⁶. La durata del permesso di soggiorno è legata al contratto di lavoro e l'avvio della procedura è rimessa all'iniziativa del datore di lavoro, che può essere un cittadino italiano, europeo o non comunitario, purché titolare di un permesso UE per soggiornanti di lungo periodo ai sensi dell'art. 9 del TU per l'immigrazione. Il secondo canale, di cui al co. 2 dello stesso articolo, prevede invece il rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio, della durata di sei mesi, ai cittadini non comunitari che siano stati titolari di un permesso di soggiorno scaduto dopo il 31 ottobre 2019 e che abbiano lavorato in precedenza in uno dei tre settori sopra indicati⁷.

5. Art. 103, co. 1, d.l. n. 34 del 19 maggio 2020, intitolato «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

6. La misura di emersione dei rapporti di lavoro irregolari si rivolge anche ai cittadini italiani o di Paesi dell'Unione europea. In questa sede, l'attenzione si concentra esclusivamente su quella parte della normativa che riguarda la regolarizzazione dei cittadini non comunitari. Un'analisi dettagliata della normativa è disponibile sul sito dell'Associazione degli Studi Giuridici sull'Immigrazione all'indirizzo www.asgi.it/ingresso-soggiorno/emersione-stranieri-2020 (ultimo accesso, 23.7.2020).

7. Come chiarisce la scheda pratica dell'ASGI, in questa categoria anche coloro che abbiano chiesto il rinnovo o la conversione del permesso scaduto dopo il 31 ottobre ma la cui domanda non sia stata ancora definita dalla pubblica autorità o sia stata rigettata.

Il permesso provvisorio è convertibile prima della scadenza in un permesso per motivi di lavoro subordinato a fronte della disponibilità di un contratto di lavoro che, tuttavia, è ancora una volta limitato ai settori produttivi oggetto del provvedimento di emersione. In entrambe le ipotesi, i migranti interessati alla procedura devono provare attraverso apposita documentazione di essere presenti in Italia da prima dell'8 marzo 2020⁸.

Nelle more del procedimento di conversione in legge del Decreto Rilancio, il governo ha esteso al 15 agosto la finestra temporale per la presentazione delle domande di regolarizzazione, inizialmente prevista dal 1 giugno al 15 luglio 2020. I dati finali sull'andamento della procedura pubblicati dal Ministero dell'interno consentono alcune considerazioni. Secondo il report finale, sono 207.542 le richieste di regolarizzazione inoltrate ai sensi del co. 1, di cui 7.049 ancora in fase di elaborazione⁹. Le istanze di permesso semestrale, ai sensi del co. 2, sono state invece 12.986¹⁰. Benché si tratti di dati ancora provvisori, che andranno analizzati nei prossimi mesi alla luce degli esiti delle procedure di valutazione delle domande, la misura ha coinvolto oltre 220.000 persone, superando quindi la soglia di 200.000 istanze indicata più volte dal governo come obiettivo del provvedimento. Ma al di là del numero complessivo delle domande di regolarizzazione, ciò che qui interessa evidenziare è la distribuzione di queste fra i tre settori indicati dalla normativa. Il lavoro domestico e di assistenza alla persona assorbe, infatti, l'85% delle domande presentate (176.848), mentre l'agricoltura e le attività connesse riguardano poco più del 15% (30.694)¹¹. Le cinque nazionalità più rappresentate nelle pratiche relative ai settori del lavoro domestico e di cura sono l'Ucraina, il Bangladesh, il Pakistan, la Georgia e il Marocco; in agricoltura invece Albania, Marocco, India, Pakistan e Bangladesh. È interessante notare come tra le prime dieci nazionalità dei lavoratori destinatari delle domande di regolarizzazione in agricoltura non siano presenti quelle dei Paesi dell'Africa subsahariana (a eccezione del Senegal, con appena 1265 domande), che occupano invece

8. La prova della presenza in Italia del cittadino di Stato terzo in data antecedente all'8 marzo 2020 può essere fornita attraverso un ampio novero di documenti. Ai sensi del co. 1 dell'art. 103, oltre al fotosegnalamento e alla dichiarazione di presenza, di cui alla legge n. 68/2007, la prova può essere resa mediante «attestazioni costituite da documentazioni di data certa provenienti da organismi pubblici». Questi ultimi, ai sensi dell'art. 5 del d.m. 27 maggio 2020, sono tutti gli «organismi pubblici, i soggetti, pubblici o privati, che istituzionalmente o per delega svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica o un servizio pubblico». La circolare del 30 maggio 2020 contiene un elenco esemplificativo di documenti ammessi come prova della presenza: tra cui, le certificazioni mediche rilasciate da strutture pubbliche, l'iscrizione scolastica dei figli, le tessere nominative dei mezzi pubblici, le certificazioni rilasciate da forze di polizia, i contratti di telefonia con operatori italiani, la documentazione proveniente da Centri di accoglienza o di ricovero autorizzati anche religiosi e così via.

9. Ministero dell'interno, *Report regolarizzazione. Emersione dei rapporti di lavoro 15 agosto 2020*, 17 agosto 2020, disponibile a www.interno.gov.it/it/notizie/emersione-dei-rapporti-lavoro-presentate-piu-207mila-domande (ultimo accesso, 4.9.2020).

10. Ministero dell'interno, *Emersione dei rapporti di lavoro 2020. Analisi Statistica delle domande - Dati Aggiornati alle ore 24:00 del 15 agosto 2020*, disponibile a www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf (ultimo accesso, 4.9.2020), pp. 10-12.

11. Il dato comprende sia le domande perfezionate che quelle in corso di lavorazione.

una posizione preminente nella rappresentazione mediatica e nei rapporti delle organizzazioni umanitarie e sindacali sul bracciantato migrante.

Le statistiche ministeriali rivelano quindi l'inadeguatezza della misura a incidere in modo determinante sulla condizione giuridica dei braccianti migranti. Il provvedimento sembra aver mancato proprio quelli che erano gli obiettivi politicamente più rilevanti: ovvero, regolarizzare la manodopera agricola, assicurare la regolarità dei rapporti di lavoro e contrastare così, seppur indirettamente, il fenomeno dello sfruttamento. Certamente, il ritorno alla libera circolazione Schengen nelle ultime settimane ha permesso l'arrivo di almeno una parte della manodopera stagionale richiesta e, allo stesso tempo, la fine del *lockdown* ha consentito a molti braccianti migranti presenti sul territorio di raggiungere le zone di raccolta. Inoltre, è evidente come permanga una quota strutturale di lavoro grigio – inferiore rispetto al passato, ma comunque consistente – che prescinde del tutto dalla regolarità del soggiorno dei lavoratori¹². Si tratta di elementi che contribuiscono a comporre un quadro di lettura, ma che non sono sufficienti a dar conto delle ragioni del fallimento della regolarizzazione proprio nel settore produttivo agricolo, nonostante il dibattito politico lo avesse indicato come un ambito prioritario di intervento.

Le ragioni del fallimento vanno piuttosto ricercate allargando la riflessione alla gestione più complessiva delle politiche migratorie, anche al di là della distinzione usuale tra migrazioni “economiche” e “forzate”, in quello spazio delineato dall'incrocio tra le politiche di governo dei confini e quelle rivolte al reclutamento della manodopera migrante, laddove sono più spesso le prime a determinare la posizione dei lavoratori nel mercato del lavoro¹³. Basti pensare che, se il tema del lavoro è pressoché scomparso dal discorso pubblico e dalle politiche di gestione delle c.d. “crisi migratorie” che hanno investito l'Europa tra il 2011 e il 2015, di certo non è venuto meno nella realtà che, al contrario, ha visto in molti Paesi le migrazioni c.d. forzate messe al lavoro come manodopera a basso costo in vari settori dell'economia formale e informale¹⁴. In Italia, il dato trova conferma sia nelle statistiche che, durante l'ultimo decennio, hanno visto rovesciarsi il rapporto tra permessi di soggiorno rilasciati per motivi di lavoro e permessi per protezione umanitaria e internazionale, sia nelle inchieste su specifici settori produttivi, che evidenziano come oltre la metà dei lavoratori

12. Per i dati sul lavoro nero in agricoltura, si veda il rapporto dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, *Rapporto annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale. Anno 2019*, Roma, 2020. Per un'analisi focalizzata sul settore agricolo, si rimanda allo studio del CREA, *Annuario dell'Agricoltura Italiana. Anno 2018*, Roma, 2020.

13. Cfr. C. Costello, M. Freedland, *Migrants at Work and the Division of Labour Law*, in *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, a cura di C. Costello, M. Freedland, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1-26.

14. Sul punto, si consenta il rimando a N. Dines, E. Rigo, *Postcolonial Citizenships and the “Refugeeization” of the Workforce: Migrant Agricultural Labor in the Italian Mezzogiorno*, in *Postcolonial Transitions in Europe: Contexts, Practices and Politics*, a cura di S. Ponzanesi, G. Colpani, Lanham, Rowman and International, 2015, pp. 151-172.

provenienti dall’Africa subsahariana impiegati in agricoltura nel 2019 fosse titolare di un permesso umanitario, per protezione internazionale o per richiesta asilo.

Si tratta di dati che verranno discussi più approfonditamente nelle sezioni successive, ma che indicano, già da ora, come il tema del lavoro migrante in agricoltura imponga di tenere presente che l’oggetto in discussione è ben più ampio e complesso dell’insieme di coloro che il diritto qualifica formalmente come lavoratori migranti, subordinati o stagionali. La condizione giuridica e sociale dei lavoratori migranti non è, infatti, definita solamente dalle norme a questi specificamente indirizzate, bensì dalle più ampie ricadute effetto del complessivo apparato di controllo della mobilità umana. Allo stesso modo, la condizione di precarietà e vulnerabilità dei migranti nelle relazioni lavorative non ha solo a che fare con la distinzione tra migranti “regolari” e “irregolari”. Sebbene questa distinzione già da tempo si sia mostrata inadeguata a cogliere la complessità dei movimenti migratori e della loro regolamentazione, negli anni recenti essa è stata messa definitivamente in crisi a fronte dell’ampio spazio occupato da migranti i cui statuti giuridici, seppur formalmente regolari, non ne impediscono la marginalizzazione nel mercato del lavoro. È il caso di chi lavora o ha lavorato, talvolta per anni, con il permesso per richiesta asilo, dei titolari di permesso umanitario, ora abrogato dalla legge n. 132/2018, che ha convertito il decreto legge n. 113/2018, e sostituito da una serie di protezioni “speciali” non sempre rinnovabili o convertibili per lavoro¹⁵; ma è una condizione che accomuna altresì i migranti extraeuropei ai “nuovi” cittadini europei, ammessi alla libera circolazione tra il 2004 e il 2007, impiegati come lavoratori temporanei o stagionali ma spesso esclusi da una serie di diritti o prestazioni sociali come quelle, per esempio, legate all’iscrizione anagrafica¹⁶.

È alla luce di questa situazione complessa che deve essere valutato il limitato impatto che il provvedimento di regolarizzazione sta dimostrando, almeno rispetto agli obiettivi politicamente dichiarati di garantire la regolarità delle relazioni lavorative in agricoltura. Queste stesse riflessioni possono essere estese, almeno in parte, sia alla finalità ulteriore del contrasto indiretto al fenomeno del caporalato, e più in generale dello sfruttamento lavorativo nel settore agricolo, sia a quella esplicita di tutela della salute pubblica. Se è vero che la presenza irregolare sul territorio incide negativamente sull’accesso alla salute, anche al di là dell’emergenza pandemica, l’immagine dei ghetti auto-costruiti dai braccianti, mediatizzata a emblema di sfruttamento e di condizioni abitative insalubri, è, ancora una volta, difficilmente risolvibile nella dicotomia irregolarità/regolarità del soggiorno. Sebbene il permesso di soggiorno sia un elemento essenziale per l’autonomia dei lavoratori e il loro

15. Per una disamina delle novità legislative introdotte dal c.d. Decreto Sicurezza dell’ottobre 2018, si veda *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Padova, Cedam, 2019.

16. Sul tema dei lavoratori comunitari nell’agricoltura italiana, si veda F.S. Caruso, *Dal caporalato alle agenzie di lavoro temporaneo: i braccianti rumeni nell’agricoltura mediterranea*, in *Mondi Migranti*, n. 3, 2016, pp. 51-64.

potere di contrattazione individuale, esso non garantisce dallo sfruttamento lavorativo che, nel settore agricolo, appare piuttosto come una condizione sistemica legata allo stesso modo di produzione. Al contrario, ridurre la questione dello sfruttamento a un problema di regolarità del soggiorno o di assoggettamento personale determinato da una fragilità soggettiva rischia di occultarne la dimensione strutturale chiamando in causa risposte semplicistiche, come il contrasto alle migrazioni irregolari o l'inasprimento delle sanzioni penali, e assolvendo di fatto le politiche migratorie e il loro impatto sulla condizione dei lavoratori.

Lontane da essere situazioni accidentali o eccezionali, le condizioni materiali dei lavoratori, la precarizzazione giuridica delle loro esistenze, la loro espellibilità e sostituibilità, il sistema dei *ghetti*, le tendopoli e i Centri di accoglienza temporanei (in luogo di vere politiche abitative) e, più in generale, la riduzione dei costi di riproduzione della forza lavoro emergono come fattori coesenziali a un modo di produzione che fa dello sfruttamento la propria matrice sistemica¹⁷. È probabilmente per questa ragione che anche gli strumenti di contrasto allo sfruttamento, centrati soprattutto sul diritto penale, a un decennio dalla loro introduzione, si sono mostrati poco efficaci nel contrastare il fenomeno del caporalato su larga scala nonché a garantire ai lavoratori sfruttati vie di emancipazione dalla propria condizione.

2. Migrazioni economiche e migrazioni forzate nei mercati del lavoro dell'Unione europea

Per riflettere sulla condizione giuridica e sociale dei lavoratori migranti in Italia, e in particolare nel settore agricolo, e sulle ricadute delle trasformazioni del diritto dell'immigrazione sulla loro posizione all'interno delle relazioni sociali di produzione, è utile inquadrare la tematica all'interno della cornice politica e regolamentare sovranazionale. Prendere le mosse dal livello regionale di *governance* permette, infatti, di dar conto dell'approccio restrittivo alle migrazioni c.d. "economiche" e del posto marginale che queste occupano nell'agenda politica italiana e non solo. Le migrazioni per lavoro hanno a lungo faticato a entrare nel processo d'integrazione europea e restano tuttora in buona parte sotto il controllo dei governi nazionali¹⁸. Il contesto europeo consente inoltre di illustrare efficacemente come la condizione giuridica dei lavoratori migranti non dipenda tanto – o soltanto – dalle norme che regolano le migrazioni c.d. "economiche", quanto invece dal più ampio apparato di governo della mobilità umana attraverso i confini. D'altro canto, il nesso tra circolazione delle persone e obiettivi di politica economica è storicamente al centro del

17. E. Rigo, *Lo sfruttamento come modo di produzione*, in *Leggi Migranti Caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, a cura di E. Rigo, Pisa, Pacini Giuridica, 2016, pp. 5-14.

18. L. Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, il Mulino, 2014; M. Evola, *I Lavoratori di Stati terzi nel Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2018.

progetto di integrazione europea, informando l'approccio della *governance* europea a un paradigma funzionalistico secondo cui la mobilità umana dev'essere orientata alla creazione e mobilitazione di valore. In quest'ottica, la segmentazione e la gerarchizzazione dei mercati del lavoro degli Stati membri non costituisce un'esternalità negativa delle misure adottate in materia migratoria, quanto invece il risultato diretto di scelte politiche finalizzate a rendere le migrazioni funzionali alle esigenze della produzione.

L'evoluzione delle politiche migratorie europee ha seguito due direttrici. Da un lato, le migrazioni sono state progressivamente ascritte al campo della sicurezza, attraverso l'adozione di politiche di rafforzamento dei controlli alle frontiere e, più in generale, la criminalizzazione della mobilità dei migranti, dando forma al quel processo che la letteratura critica ha definito di *securitarizzazione delle migrazioni*¹⁹. Dall'altro, l'armonizzazione della disciplina sulle migrazioni per lavoro è cominciata in ritardo e con grandi difficoltà, dovute alle resistenze degli Stati membri, e in particolare di quelli storicamente importatori di manodopera, restii a cedere le proprie prerogative in un ambito ritenuto chiave per il perseguimento degli obiettivi di politica economica nazionale. Oggi, una serie di direttive, approvate a cavallo dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, delinea un quadro normativo di riferimento per l'ingresso e il soggiorno di specifiche categorie di lavoratori migranti: gli altamente qualificati, gli stagionali, i ricercatori e tirocinanti, e i trasferimenti intra-societari²⁰. La normativa europea si caratterizza quindi per l'approccio settoriale che, nel circoscrivere l'ammissione a specifiche figure di lavoratori migranti, determina un'inevitabile restrizione dei canali d'ingresso per lavoro. Allo stesso tempo, per dotarsi di strumenti normativi capaci di rispondere alle mutevoli esigenze dei mercati del lavoro degli Stati membri, le direttive hanno riconosciuto ai governi nazionali ampi margini di discrezionalità in sede di recepimento interno della disciplina europea. Se a ciò si aggiunge che il Trattato di Lisbona ha confermato la prerogativa nazionale di stabilire il numero degli ingressi annuali dei lavoratori migranti, il risultato è che gli Stati membri sono di fatto liberi di individuare criteri e requisiti anche molto rigidi e articolati cui subordinare l'ammissione dei lavoratori migranti, ed eventualmente non prevedere alcuna quota in entrata.

La direttiva n. 36 del 2014 sui lavoratori migranti stagionali, più delle altre mette, in luce i paradigmi che informano l'approccio europeo alle migrazioni per lavoro. Intorno alla figura del lavoratore stagionale – il cui prototipo è il bracciante agricolo – è disegnato, infatti, un regime giuridico differenziale non solo rispetto a quello del lavoratore cittadino o

19. J. Huysmans, *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in the EU*, Londra-New York, Routledge, 2006; G. Campesi, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, DeriveApprodi, 2015.

20. Per una disamina approfondita della normativa europea in materia di ingresso e soggiorno per motivi di lavoro, si rimanda a M. Evola, *op. cit.*, p. 109 ss.

comunitario, ma anche a quello delle altre categorie di lavoratori migranti. Sebbene condivide con queste ultime una serie di condizioni alle quali è subordinato l'ingresso, come il preesistente contatto con il datore di lavoro e la predeterminazione delle mansioni, il lavoratore stagionale è assoggettato a regole più severe rispetto alla proroga del soggiorno, all'accesso ai servizi e al ricongiungimento familiare²¹. I lavoratori stagionali possono essere ammessi esclusivamente per lavorare nei settori produttivi caratterizzati da stagionalità, come l'agricoltura e il turismo, in cui i picchi produttivi determinano una domanda di manodopera superiore alle necessità ordinarie. Mediante specifiche disposizioni che assicurano la provvisorietà del soggiorno, la direttiva si preoccupa di precludere il radicamento sociale del lavoratore stagionale, a cui si aggiungono il divieto di circolazione nello spazio europeo e la facoltà per gli Stati membri di apporre limiti alla libertà di cambiare impiego durante il soggiorno. Si tratta di previsioni che alimentano inevitabilmente la dipendenza del lavoratore migrante dal datore di lavoro, nonché la sua condizione di vulnerabilità e assoggettamento, che può aggravarsi nei casi in cui il visto d'ingresso sia rilasciato in forza di un contratto con un'agenzia di reclutamento. La direttiva equipara gli intermediari ai datori di lavoro, riconoscendo loro un ruolo importante nella gestione di una categoria di lavoratori stranieri particolarmente precaria ed esposta allo sfruttamento. I rischi connessi a questa scelta emergono anche da un recente rapporto dell'Agenzia europea per i diritti umani (*Fundamental Rights Agency*, FRA), che individua un legame diretto tra il reclutamento dei lavoratori migranti attraverso le agenzie di somministrazione e l'assoggettamento a pratiche di sfruttamento²². Ed è bene sottolineare che i parametri che l'Agenzia applica nel definire lo sfruttamento sono piuttosto elevati e tendono a coincidere con le forme più gravi in cui può manifestarsi il fenomeno, come il lavoro forzato e la riduzione in schiavitù. Nonostante il nesso riconosciuto con le pratiche di intermediazione e somministrazione di manodopera, anche operata in forme legali e da soggetti autorizzati, la maggior parte dei lavoratori che il senso comune ascrive a condizioni di sfruttamento ne rimane, pertanto, esclusa.

Sebbene le migrazioni siano spesso descritte nei documenti della *governance* europea come uno dei possibili correttivi alle carenze di manodopera che si riscontrano nei sistemi produttivi nazionali, il canale del lavoro sembra aver perso oggi il suo tradizionale statuto

21. Per un'analisi critica della direttiva, si veda M.H. Zoetewij-Turhan, *The Seasonal Workers Directive: '...but some are more equal than others'*, in *European Labour Law Journal*, 2017, vol. VIII, n. 1, pp. 28-44. Per una ricostruzione della trasposizione nell'ordinamento italiano della disciplina della Direttiva n. 36 del 2014, si veda V. Papa, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, vol. XXVII, n. 2, pp. 363-396.

22. FRA, *Protecting migrant workers from exploitation in the EU: workers' perspectives*, Lussemburgo, 2019, p. 13.

di principale tramite per l'accesso al territorio e ai diritti di cittadinanza. La stessa Agenda europea sulla migrazione del 2015, approvata durante la cosiddetta "crisi dei rifugiati", pur riconoscendo il carattere marginale dei canali di ingresso per lavoro in Europa, sia sotto il profilo quantitativo sia in relazione alle esigenze dell'economia europea, ha dedicato solo poche righe alla questione, limitandosi ad abbozzare a un vago proposito di riforma della cosiddetta "direttiva Carta Blu" sui lavoratori migranti altamente qualificati²³. Se il tema del lavoro occupa una posizione marginale nel campo delle politiche migratorie ufficiali, lo stesso non vale nella realtà sociale e nell'esperienza migratoria. I migranti costituiscono, infatti, una componente rilevante e strutturale delle società e dei mercati del lavoro europei: basti pensare che nel 2018 gli Stati membri hanno rilasciato oltre 3,2 milioni di permessi di soggiorno, il numero più elevato di sempre²⁴, e che solo in Europa occidentale si concentra un quarto dei lavoratori migranti a livello globale²⁵. Le statistiche sui permessi di soggiorno rilasciati nell'Unione europea non solo riflettono l'evoluzione delle politiche migratorie europee in cui, come detto, alla restrizione dei canali d'ingresso per lavoro ha corrisposto uno spazio sempre più ampio occupato dall'asilo e dalle altre forme di protezione umanitaria e temporanea, ma rivelano come tale processo sia cominciato ben prima della cosiddetta "crisi dei rifugiati" del 2015. Secondo uno studio del Parlamento europeo del 2015, infatti, i "migranti non economici" costituivano già allora tra i due terzi e i tre quarti di tutti i cittadini di Paesi terzi che entravano nei mercati del lavoro degli Stati membri²⁶.

Anche l'ufficio statistico europeo Eurostat situa la riconfigurazione della condizione giuridica dei lavoratori migranti in un arco temporale più ampio, che comincia quantomeno nel 2013²⁷. Stando alle rilevazioni Eurostat, infatti, tra il 2013 e il 2018 i motivi di protezione e umanitari hanno rappresentato stabilmente una delle categorie più diffuse, a livello europeo, al pari dei motivi familiari, collocandosi quasi sempre sopra ai permessi per lavoro. In particolare, i titoli di soggiorno per protezione internazionale e umanitaria sono stati la prima categoria nel 2013 e nel 2016, anno quest'ultimo in cui hanno superato addirittura il 30% del totale, la seconda nel 2014 e 2015, e la terza nel biennio 2017-2018. Inoltre, è interessante notare come i permessi per motivi familiari tendano a rimanere pressoché stabili nel corso degli anni, mentre sono proprio le oscillazioni delle altre due tipologie a determinare la variazione percentuali. Tra il 2013 e il 2016, per esempio, alla diminuzione dei permessi per lavoro ha corrisposto l'incremento di quelli per motivi di

23. Commissione europea, *Agenda Europea sulla Migrazione*, COM(2015) 240 final, Bruxelles, 2015.

24. I dati sui permessi di soggiorno rilasciati nell'Unione europea sono disponibili sul sito di Eurostat all'indirizzo www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained (ultimo accesso, 21.7.2020).

25. Cfr. International Labour Organization, *Global Estimates on International Migrant Workers*, Geneva, 2019.

26. I. Martín et al., *Exploring new avenues for legislation for labour migration to the European Union*, Study for the LIBE Committee, Bruxelles, 2015, p. 14 [Traduzione degli autori].

27. I dati sui permessi di soggiorno rilasciati dagli Stati membri dell'Unione europea sono consultabili sul sito di Eurostat, all'indirizzo www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained (ultimo accesso 21.7.2020).

protezione. La tendenza inversa che emerge invece nel biennio 2017-2018, con un leggero aumento dei permessi per lavoro, appare – almeno in parte – come il riflesso della riduzione degli arrivi via mare prodotta dalla chiusura delle frontiere esterne con la Turchia e nel Mediterraneo centrale.

La prospettiva è confermata anche dalla distribuzione geografica dei permessi di soggiorno rilasciati. Nel 2018, per esempio, i Paesi che hanno rilasciato le percentuali più alte di permessi per motivi di lavoro sono quelli coinvolti solo lateralmente nella gestione delle migrazioni c.d. “forzate”, che spesso coincidono con gli Stati ammessi nell’Unione europea a partire dal 2004²⁸. La prospettiva è confermata anche dalla distribuzione geografica dei permessi di soggiorno rilasciati. Diversamente, in Paesi come Germania, Italia e Francia l’inversione del rapporto tra permessi per protezione e per motivi di lavoro sembra ormai un trend consolidato²⁹, e ciò vale non solo per il 2018 ma per l’intero periodo preso in esame. Nonostante le oscillazioni, quindi, le diverse forme di protezione ricoprono ormai stabilmente almeno un quarto del totale dei permessi di soggiorno rilasciati annualmente nei territori dell’Unione europea. Le statistiche confermano dunque come il binario tra ingresso legale e illegale sia oggi solo la distinzione di più immediata comprensione, la quale non è però in grado di dare conto né della molteplicità di statuti giuridici dei migranti, né della rilevanza che la normativa sulla protezione internazionale e l’asilo occupa nel definire la condizione giuridico-sociale dei lavoratori stranieri nei mercati del lavoro europei.

3. La condizione giuridica dei lavoratori migranti nel mercato del lavoro italiano e le specificità del contesto agricolo

Il lavoro migrante in agricoltura è spesso elevato a emblema della condizione di marginalizzazione e sfruttamento dei lavoratori migranti in Italia. Non è un caso, infatti, che la riforma degli strumenti normativi di contrasto dello sfruttamento lavorativo sia stata introdotta con una legge volta più complessivamente a regolare diversi aspetti del funzionamento del settore agricolo³⁰. Nonostante ciò, la condizione giuridica e sociale dei braccianti stranieri non può essere analizzata disgiuntamente dalla posizione che più in generale occupano i lavoratori migranti nell’economia italiana. La struttura segmentata e gerarchizzata del mercato del lavoro italiano è espressamente riconosciuta dalle stesse

28. Nell’ordine: Croazia, Lituania, Slovenia, Slovacchia, Ungheria, Polonia e Malta. Quest’ultima costituisce forse un’eccezione, comunque marginale dal punto di vista quantitativo.

29. Considerazioni analoghe valgono per Spagna, Belgio, Austria, Olanda, Svezia, Grecia, Irlanda e in parte Inghilterra.

30. Il riferimento è alla legge n. 199/2016, intitolata appunto «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo».

istituzioni. Il rapporto del Ministero del lavoro del 2018 parla, infatti, di «segregazione professionale» dei lavoratori migranti e di una «segmentazione professionale» che trova conferma nella scarsa presenza di questi ultimi nei ruoli dirigenziali³¹. Il termine “segregazione” descrive la condizione di subordinazione che caratterizza la condizione lavorativa dei migranti e il loro impiego in mansioni a medio-bassa qualifica e in occupazioni elementari³². Il carattere “segmentato” indica, invece, la distribuzione disomogenea della manodopera straniera nei diversi comparti produttivi e la scarsa mobilità professionale nel mercato del lavoro. Sebbene i migranti formino oggi oltre il 10% della forza lavoro attiva in Italia, essi tendono a concentrarsi in specifici settori come il turismo, la ristorazione, l’agricoltura, l’edilizia e i servizi collettivi e alla persona. La condizione della manodopera straniera in Italia si caratterizza inoltre per la crescente precarizzazione, prodotta in primo luogo dalla breve durata dei permessi dei lavoratori migranti: il maggior numero di nuovi titoli di soggiorno rilasciati nel 2017 sono stati, infatti, quelli di validità inferiore ai 6 mesi (in cui rientrano quelli per richiesta asilo) che, sommati ai permessi di durata inferiore a un anno, hanno formato quasi i due terzi del totale³³. Ma la precarietà dei lavoratori migranti è accentuata anche dal costante incremento dell’impiego a termine³⁴. La durata del permesso per motivi di lavoro, infatti, non solo è commisurata a quella del rapporto lavorativo, ma il possesso di un regolare contratto di lavoro costituisce spesso il requisito essenziale per rinnovare o convertire il titolo di soggiorno.

Il quadro che emerge dalle rilevazioni del Ministero del lavoro smentiscono l’idea diffusa che la condizione di regolarità, o la sua assenza, siano le variabili decisive nel determinare le condizioni di lavoro delle persone migranti. La subordinazione e la marginalizzazione nel mercato del lavoro caratterizzano, infatti, l’esperienza della manodopera straniera, in buona parte a prescindere dallo *status* e dalla tipologia di permesso di soggiorno. In questo senso, è esemplificativo il confronto tra lavoratori comunitari e non comunitari. Le differenze che si riscontrano soprattutto con riferimento alla limitata mobilità nel mercato del lavoro, alle mansioni e alla retribuzione media sono quasi irrilevanti, soprattutto se misurate attraverso

31. Ministero del lavoro, *VIII Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, Roma, 2018.

32. Ministero del lavoro, *IX Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, Roma, 2019, pp. 18-19. Un terzo della manodopera straniera svolge mansioni elementari contro solo l’8% dei lavoratori italiani.

33. La maggior parte dei cittadini non comunitari in Italia risulta, invece, titolare di permessi di soggiorno stabili, come il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo (la vecchia “carta di soggiorno”), che non devono essere rinnovati. Nel 2018 i nuovi permessi rilasciati di durata inferiore a 12 mesi sono stati invece il 57,3%, contro il 42,7% di quelli di durata superiore a un anno. Il dato è riportato dall’ultimo rapporto del Ministero del lavoro, *X Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, Roma, 2020, p. 25 ss.

34. Il dato si riscontra stabilmente quantomeno negli ultimi quattro rapporti del Ministero del lavoro sugli stranieri nel mercato del lavoro italiano. Secondo l’ultimo rapporto, il lavoro dipendente a termine degli stranieri non comunitari è in espansione del 5% su base tendenziale. Si veda, Ministero del lavoro, *X Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 38.

la lente dei diversi regimi giuridici che ne regolano la condizione giuridica: i primi titolari dello *status* di cittadinanza, derivata dall'appartenenza all'Unione, i secondi imbrigliati nelle rigide maglie della legislazione sull'immigrazione. Entrambe le categorie di lavoratori sono, infatti, impiegate nelle mansioni più basilari e tendono a concentrarsi nei medesimi comparti produttivi. Lo stesso vale per le retribuzioni che per i lavoratori comunitari sono leggermente superiori ma comunque notevolmente inferiori a quelle degli italiani.

Un discorso a parte merita, invece, il tema dell'ingresso per motivi di lavoro³⁵. L'inefficacia del sistema italiano delle quote è nota ed emerge, in primo luogo, dalle percentuali infinitesimali di lavoratori migranti che occupano posizioni apicali, dalla scarsa partecipazione degli stranieri nei settori economici più avanzati, nonché dall'accentuato *mismatch* educativo della forza lavoro migrante³⁶. Dati che dimostrano quindi il fallimento della legislazione sugli ingressi nell'attrarre i lavoratori altamente qualificati e nel riconoscere le competenze professionali dei migranti. Ma sono soprattutto i numeri a mettere in luce la crisi del meccanismo delle quote. Nell'ultimo decennio, i c.d. "decreti flussi" del governo hanno previsto un volume di nuovi ingressi e criteri selettivi per l'ammissibilità delle domande tali da rendere il canale del lavoro sostanzialmente impraticabile per l'accesso al territorio e ai diritti. L'ultimo decreto flussi che ha previsto una quota realistica, rispetto al fabbisogno di manodopera e all'entità dei movimenti migratori verso l'Italia, è stato quello del 2010 che autorizzava poco meno di centomila ingressi.

Nel giro di un anno le posizioni aperte sono crollate sotto la soglia delle 14.000, riservate quasi esclusivamente alla conversione di permessi già rilasciati. I decreti flussi degli anni successivi hanno confermato l'approccio restrittivo, non superando mai le 30.000 posizioni, riservate in via esclusiva ai lavoratori stagionali e ad altre categorie specifiche, come gli artisti e gli imprenditori. Il decreto flussi del 2019 ha previsto poco più di 30.000 posizioni, così suddivise: un terzo per la conversione di permessi già rilasciati; oltre la metà per lavoratori stagionali proveniente da determinati Paesi; e il restante per liberi

35. Sul tema, con un *focus* sul tema degli ingressi per lavoro e dei decreti flussi, W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, F. Malzani, *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, in *Diritto della Sicurezza Sociale*, 2019, n. 2, pp. 367-392.

36. Secondo il Ministero del lavoro il c.d. *educational mismatch* è un tema chiave per il mercato del lavoro italiano e il fenomeno è particolarmente accentuato con riferimento alla forza lavoro non comunitaria. Nell'VIII rapporto si legge: «ciò che balza all'evidenza dell'analisi è la strutturale dispersione del capitale umano laureato con cittadinanza straniera ed in particolar modo di quello in possesso di competenze tecnico-scientifiche, le più appetibili sul mercato del lavoro e teoricamente le più ricercate dalle imprese». Dei laureati in materie tecnico-scientifiche non comunitari, infatti, solo il 26,0% dei occupati svolge un lavoro coerente a fronte del 90,2% degli italiani. Si veda, Ministero del lavoro, *VIII Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 38-39. Rispetto, invece, alle posizioni apicali, secondo l'ultimo rapporto, solo l'1,1% degli occupati stranieri ha «una qualifica di dirigente o quadro a fronte del 7,6% della controparte italiana e il 77,1% è impiegato con la qualifica di operaio». Si veda, Ministero del lavoro, *X Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 38.

professionisti e imprenditori. Anche il dato sugli esiti delle domande appare significativo. La prassi rivela, infatti, come il numero delle richieste accolte sia sistematicamente inferiore non solo a quello delle domande presentate, ma addirittura ai posti disponibili. Ed è quanto accaduto anche per l'ultimo decreto flussi: dopo quasi otto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta risultavano, infatti, rilasciati meno di 10.000 nulla osta per lavoro stagionale, a fronte dei 18.000 posti disponibili, e addirittura solo 88 su oltre 9.000 domande di conversione di permesso di soggiorno in lavoro subordinato e di ingresso per lavoro autonomo³⁷.

La sostanziale chiusura del sistema delle quote si è riflessa nella drastica riduzione del numero di nuovi permessi rilasciati per motivi di lavoro. Nell'arco di un decennio il rapporto tra permessi rilasciati per motivi di lavoro e per protezione internazionale e umanitaria si è invertito, passando dal 56,1% di permessi per lavoro nel 2007 ad appena il 4,6 nel 2017. Nello stesso periodo, i permessi per protezione internazionale e umanitaria sono passati dal 3,7% al 38,5%³⁸. Per dare un'idea della rapidità con cui si è prodotta questa trasformazione, nel solo biennio 2014-2015 si è registrata una contrazione del 61,9% dei permessi rilasciati per motivi di lavoro³⁹, a cui si è aggiunta un'ulteriore riduzione del 41% nel 2016⁴⁰. L'incidenza dei permessi per asilo e per motivi umanitari nel mercato del lavoro è confermata dal Ministero del lavoro, secondo cui il "lavoro" non costituisce più né il principale canale d'ingresso nel territorio, né il permesso di soggiorno maggiormente diffuso nel mercato del lavoro italiano. Nel 2017, per esempio, circa il 40% dei nuovi permessi rilasciati era per ragioni di protezione internazionale e umanitaria, mentre poco più del 4% per motivi di lavoro⁴¹.

Il canale dell'asilo – in senso lato – è oggi il principale tramite di riconoscimento giuridico e di regolarizzazione del soggiorno; e non è un caso che questo processo abbia preso corpo contestualmente all'aumento degli arrivi via mare. Uno dei momenti nodali nella diffusione su scala nazionale in particolare della protezione umanitaria è stato il 2011 quando, nel contesto della c.d. "Emergenza Nord Africa", il governo ha concesso ai migranti

37. I dati sono forniti dal Viceministro dell'interno Matteo Mauri, il 13 novembre 2019, durante l'audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera. Il resoconto è disponibile sul sito internet della Camera dei Deputati.

38. ISTAT, *Permessi di soggiorno per asilo politico e protezione umanitaria, anni 2015-2016*, 23 dicembre 2016; ISTAT, *Permessi di soggiorno per asilo politico e protezione umanitaria, anni 2017-2018*, 14 novembre 2018.

39. Ministero del lavoro, *VII Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, 2017, Roma, pp. 18-19.

40. ISTAT, *Cittadini non comunitari: presenza, nuovi ingressi e acquisizioni di cittadinanza. Anni 2016-2017*, 10 ottobre 2017, p. 1.

41. Ministero del lavoro, *IX Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 33. Nel 2018, i nuovi rilasci per lavoro salgono al 6%, mentre la categoria "asilo/umanitari" scende al 27%, rimanendo comunque la prima tipologia di permessi emessi dopo quella per motivi familiari. Si veda, Ministero del lavoro, *X Rapporto Annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 26.

provenienti dai Paesi del Nord Africa, giunti in Italia entro la fine del 2012, un permesso di soggiorno per motivi umanitari⁴². Questa misura da sola ha proiettato le protezioni umanitarie oltre il 50% del totale dei permessi per motivi di protezione rilasciati nel 2012⁴³. Allo stesso modo, il seppur lieve aumento dei permessi per lavoro che si riscontra tra il 2018 e il 2019, dopo anni di costante diminuzione, non può non essere posto in relazione alla diminuzione degli sbarchi a seguito dagli accordi Italia-Libia e alla restrizione del canale dell'asilo a opera della legge n. 132/2018⁴⁴, che ha convertito il primo dei due c.d. decreti sicurezza.

L'incidenza dei permessi per protezione internazionale, per richiesta asilo e (soprattutto) per ragioni umanitarie si riscontra evidentemente anche nel settore agricolo, che rappresenta senz'altro uno dei comparti più sensibili alle trasformazioni della normativa sull'immigrazione. Le inchieste condotte da ricercatori indipendenti sulla manodopera migrante in agricoltura, ormai da anni registrano l'ampia diffusione di permessi di soggiorno per motivi di protezione internazionale, umanitaria e per richiesta asilo⁴⁵. Secondo le ricerche più recenti, in media il 40% dei braccianti non comunitari intercettati dalle associazioni e dalle organizzazioni umanitarie nelle principali aree agricole italiane era titolare di una protezione umanitaria. Le ricerche concordano, inoltre, sull'ampia diffusione dei permessi per richiesta asilo, che si attestano solitamente intorno a un quinto del totale dei braccianti intervistati. All'inverso, i permessi per motivi di lavoro formano una quota del tutto marginale, che raramente supera il 2% e talvolta non è neppure riportata nelle ricerche indipendenti. Sebbene si tratti di rilevazioni parziali, che non riflettono certo la condizione dell'intera manodopera straniera in agricoltura sotto il profilo dello *status* giuridico, al contempo restituiscono un'immagine della composizione di quella componente della forza lavoro migrante – per lo più di origine subsahariana – che trova impiego durante la stagione

42. La misura, adottata con il d.p.c.m. del 5 aprile 2011, doveva durare dal 1° gennaio al 5 aprile 2011. Due proroghe successive hanno esteso la durata a tutto il 2012. Sul tema, si veda E. Costantini, *Un'emergenza lunga due anni. Considerazioni sui provvedimenti umanitari a favore dei cittadini provenienti dai paesi del Nord Africa*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2014, n. 1, pp. 95-108; V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista*, n. 4.2012, pp. 59-86, p. 64 ss.

43. Ministero dell'interno, *Quaderno statistico dal 1990 al 2018*, disponibile a www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/i-numeri-dellasil (ultimo accesso, 22.7.2020).

44. ISTAT, *Cittadini non comunitari. Anni 2018-2019*, 17 ottobre 2019, p. 2. È opportuno sottolineare che l'aumento dei permessi per lavoro è alimentato per oltre un quinto dai titoli rilasciati ai lavoratori statunitensi, di cui una buona parte impiegati nelle basi Nato presenti sul territorio italiano.

45. Cfr. Intersos, *Campagne d'odio. Un anno di progetto in Capitanata*, ottobre 2019; Medici per i Diritti Umani, *Terraingiusta. V Rapporto sulle condizioni di vita e lavoro dei braccianti stranieri nella Piana di Gioia Tauro*, maggio 2019; Medici per i Diritti Umani, *La cattiva stagione. Rapporto sulle condizioni di vita e di lavoro dei braccianti nella Capitanata*, Ottobre 2019. Tendenze analoghe sono emerse anche dalle prime rilevazioni del progetto Terraingiusta, a partire dal rapporto del 2015, disponibile al sito www.mediciperidirittiumani.org/terraingiusta-2 (ultimo accesso, 23.7.2020). Nello stesso senso vanno anche i dati raccolti dal progetto Presidio della Caritas a Saluzzo e disponibili a www.saluzzomigrante.it (ultimo accesso, 23.7.2020).

della raccolta, confermando come le c.d. migrazioni forzate siano sempre più spesso impiegate come manodopera a basso costo. Si tratta, infatti, di una manodopera caratterizzata da elevata mobilità sul territorio, che spesso si muove di regione in regione seguendo l'evolversi delle fasi della produzione, e che di frequente alloggia negli insediamenti informali e nei *ghetti* da nord a sud dell'Italia. Una caratteristica, quest'ultima, che porta spesso l'opinione pubblica ad associarne semplicisticamente l'immagine a quella di migranti irregolari, nonostante le statistiche e i dati portino evidenze diverse, e salva la necessaria rivalutazione di tali dati alla luce degli effetti restrittivi delle riforme recenti in materia di asilo e protezione umanitaria. Anche in questo caso, più che di migrazioni irregolari, sarebbe tuttavia corretto parlare di una forza lavoro illegalizzata dalla stretta sulle normative in materia di immigrazione e, in particolare, dalla conversione in legge del d.l. 113 del 2018.

Un ulteriore elemento che aiuta a comporre il quadro d'analisi è quello relativo all'incidenza della manodopera migrante nell'agricoltura italiana. Dal 2007 al 2017, secondo l'Istat, l'incidenza dei lavoratori migranti tra gli occupati in agricoltura è triplicata, passando dal 5.3% del totale della manodopera del settore al 16.6%⁴⁶. Una stima che, tra l'altro, inevitabilmente sottovaluta la presenza migrante in agricoltura a causa quantomeno, da un lato, dell'ampio ricorso a forme di impiego irregolare che sfuggono alle rilevazioni e, dall'altro, della diffusione di contratti fittizi stipulati in favore di cittadini italiani in modo da permettere a questi ultimi di accedere all'indennità di disoccupazione agricola⁴⁷. Ma al di là della capacità dei numeri di dare una rappresentazione dell'incidenza della componente migrante sull'intera manodopera agricola, è certamente vero che durante la crisi economica l'agricoltura ha rappresentato spesso l'unica alternativa alla disoccupazione per i lavoratori migranti fino ad allora impiegati nel tessuto produttivo del Nord d'Italia. Lavorare come braccianti stagionali nelle zone agricole significa però lavorare quasi esclusivamente a chiamata o con contratti di breve durata⁴⁸, di norma, in condizioni tali per cui solo una minima parte delle giornate lavorate è effettivamente registrata dal datore di lavoro. I migranti con permessi per lavoro si sono trovati così nell'impossibilità di rinnovare il

46. International Organization for Migration, *Migrants' contributions to Italy's welfare*, n. 2, Roma, 2017, p. 3. Secondo il Ministero del lavoro l'incidenza della manodopera migrante in agricoltura è salita al 17.9% nel 2018. Stando alle rilevazioni INPS sulle registrazioni dei contratti a tempo determinato nel settore agricolo, la percentuale dei lavoratori stranieri sale al 35%, con un significativo incremento dei cittadini non comunitari. Cfr. M.C. Macrì (a cura di), *Il contributo dei lavoratori stranieri all'agricoltura italiana*, CREA, Roma, 2019, p. 47 ss.

47. M. D'Onghia, *Le tutele previdenziali dei lavoratori agricoli tra regole speciali e abusi*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2019, n. 162, pp. 231-266.

48. Secondo il già citato rapporto del Ministero del lavoro, ad esempio, nel 2019 il 99,6 dei contratti agricoli degli stranieri è stato a tempo determinato. Inoltre, secondo l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, più di un rapporto lavorativo su due in agricoltura è caratterizzato da irregolarità di vario genere. Si veda, Ispettorato Nazionale del Lavoro, *Rapporto Annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale. Anno 2019*, Roma, 2020, p. 14.

permesso di soggiorno e costretti a ricorrere alla domanda d'asilo come unica via per mantenere uno *status* di regolarità.

In quest'ottica, non è certo un caso che l'umanitaria sia stata divenuta a partire dal 2010 uno strumento per regolarizzare la condizione dei lavoratori stranieri in diversi settori, tra cui appunto quello agricolo⁴⁹. Sono state, infatti, proprio le lotte dei braccianti migranti, cominciate a Rosarno nel gennaio 2010 e proseguite poi con lo sciopero di Nardò del 2011, a inaugurare la stagione del progressivo ampliamento della fattispecie del permesso umanitario fino a ricomprendervi i motivi d'integrazione sociale e lavorativa⁵⁰. Ma la componente di manodopera composta da rifugiati, richiedenti asilo e titolari di protezione umanitaria è alimentata anche dal fatto che i Centri di accoglienza – soprattutto quelli di grandi dimensioni – sono spesso collocati proprio in zone a vocazione agricola, in cui è alta la domanda di manodopera stagionale a basso costo. Per dare un'idea della rilevanza del fenomeno, nel 2019 circa la metà dei braccianti stranieri assistiti dalla clinica mobile dell'associazione Medici per i Diritti Umani dichiarava di alloggiare in un Centro d'accoglienza e poco più di uno su dieci in un appartamento in affitto⁵¹. In molti casi, le strutture di accoglienza si sono così trasformate in veri e propri Centri di reclutamento della forza lavoro da impiegare nei campi e nelle serre limitrofi, con paghe talvolta inferiori alla media degli altri lavoratori stranieri, rese possibili proprio dalla condizione di richiedenti asilo e rifugiati, ovvero, dal fatto che i costi per l'alloggio dei lavoratori vengono scaricati sul sistema di accoglienza. Nonostante i mutamenti intervenuti sulla filiera produttiva e sull'agricoltura intensiva, nonché l'emergere di una nuova figura, quella del “bracciante rifugiato”, il lavoro agricolo si incrocia ancora una volta con il tema antico dello sfruttamento lavorativo, centrato sui due corni interconnessi della compressione dei salari, da un lato, e del costo di riproduzione della manodopera dall'altro.

4. I limiti del diritto nel contrasto allo sfruttamento lavorativo

La storia recente degli strumenti di contrasto allo sfruttamento lavorativo nasce ufficialmente nel 2011 con l'introduzione, all'art. 603-*bis* del codice penale, del reato di

49. Cfr. C. Pittaluga, C. Momi, *L'impatto della direttiva 52/2009/CE sul fenomeno dello sfruttamento lavorativo tra i braccianti agricoli*, in *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, a cura di E. Rigo, Pisa, Pacini Giuridica, 2016, pp. 33-48.

50. Sul contenuto e l'evoluzione della protezione umanitaria, N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, pp. 1-32.

51. Cfr. Medici per i Diritti Umani, *Terraingiusta. V Rapporto sulle condizioni di vita e lavoro dei braccianti stranieri nella Piana di Gioia Tauro*, maggio 2019, p. 5; Medici per i Diritti Umani, *La cattiva stagione. Rapporto sulle condizioni di vita e di lavoro dei braccianti nella Capitanata*, Ottobre 2019, p. 7. Il fenomeno è ampiamente descritto anche nel rapporto del progetto Filierasporca, *La raccolta dei rifugiati. Trasparenza di filiera e responsabilità sociale delle aziende*, Roma, 2016.

«intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro». In un recente volume sul tema, Alberto di Martino ricostruisce la genesi di tale reato, la quale va ricondotta all'istituzione, nel 2006, di una commissione di inchiesta sui «fenomeni di violenza e sfruttamento grave nei confronti dei lavoratori stranieri»⁵² affidata all'allora vicedirettore della polizia criminale, Alessandro Pansa. L'impulso all'iniziativa era venuto da inchieste giornalistiche, ma il rapporto della commissione andava ben oltre l'approccio episodico, riconducendo le cause del problema a elementi di sistema quali la riorganizzazione della filiera produttiva attraverso processi di decentramento ed esternalizzazione, il meccanismo di determinazione dei prezzi e il suo legame con i servizi di distribuzione della filiera agroalimentare, nonché al ruolo giocato dagli imprenditori quali principali beneficiari dell'intermediazione abusiva del lavoro.

Anche le misure suggerite dalla commissione perseguivano obiettivi ampi, quali la necessità di favorire l'ingresso regolare dei lavoratori stranieri e di accompagnare l'introduzione di nuove fattispecie penali a norme per l'emersione e la tutela dei lavoratori. Le proposte legislative che ne seguirono erano, in effetti, centrate sull'esplicita estensione allo sfruttamento lavorativo della protezione sociale prevista dall'art. 18 del Testo unico immigrazione, originariamente concepita per lo sfruttamento sessuale, seppure non riservata a questo in via esclusiva. Il dibattito successivo, che come mostra ancora una volta di Martino non suscitò grande eco se non tra gli addetti ai lavori, s'incentrò tuttavia sull'eventualità che una simile misura potesse diventare uno strumento di regolarizzazione permanente dei lavoratori migranti presenti sul territorio. L'esito fu un vero e proprio scambio politico, in cui parte della posta in gioco è stato il passaggio della tematica dello sfruttamento lavorativo dei migranti da questione da affrontare nell'ambito del diritto dell'immigrazione, e delle misure di emersione e tutela, a questione da contrastare con gli strumenti della repressione penale.

Dovrà trascorrere ancora qualche anno perché si arrivi all'introduzione di una specifica fattispecie nel codice penale, centrata peraltro sul reclutamento abusivo della manodopera e non sullo sfruttamento in sé. Il fatto che il 2007 sia stato uno snodo in questo slittamento di impostazione è nondimeno rilevante, poiché risalgono a quegli stessi anni le prime prese di posizione della Commissione europea che guardano con sospetto alla pratica delle regolarizzazioni periodiche dei migranti presenti sul territorio, considerate come un incentivo (*pull factor*) alle migrazioni irregolari. Ne è un esempio il documento che accompagna la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi soggiornanti*

52. A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 14.

illegalmente nell'UE nel quale l'opzione della regolarizzazione è espressamente respinta⁵³. Non a caso, la direttiva che sarà adottata nel 2009 (la cosiddetta Direttiva sanzioni)⁵⁴, pur prevedendo che gli Stati possano adottare misure per incentivare le denunce, concedendo caso per caso permessi di soggiorno di durata limitata (art. 13), esclude, al considerando 15, che il lavoratore assunto illegalmente possa invocare un diritto di soggiorno in base al rapporto di lavoro.

È dunque questa la cornice di politica del diritto entro la quale nascono le norme di contrasto allo sfruttamento lavorativo. Sul fronte del diritto penale, l'art. 603-*bis*, nella formulazione in cui viene originariamente introdotto nel 2011, tipicizza la condotta del cosiddetto caporale mentre, seppure non sia esclusa, la punibilità del datore di lavoro risulta di fatto configurata solo a titolo di concorso. Dal canto suo, lo sfruttamento lavorativo, accompagnato da violenza, minaccia, intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è una circostanza necessaria perché si realizzi il reato, ma non è al centro della fattispecie per ciò che riguarda il bene giuridico tutelato. L'incongruenza della fattispecie con la realtà della produzione è evidenziata dal fatto che alcuni degli indici di sfruttamento elencati dalla norma, come la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo difforme dalla contrattazione collettiva o la violazione delle normative sulla sicurezza, integrano condotte tipicamente poste in essere dal datore di lavoro. Risulterebbe tuttavia ingenuo attribuire tale incongruenza a errori in buona fede di tecnica legislativa, senza tener conto delle scelte politiche di compromesso che hanno portato all'adozione della norma.

Sul fronte del diritto dell'immigrazione, la trasposizione tardiva della Direttiva sanzioni in Italia, nel 2012, avviene nel quadro, imposto già a livello della legislazione europea, del contrasto all'immigrazione irregolare. Il recepimento della direttiva ha modificato l'art. 22 del Testo unico immigrazione, prevedendo il rilascio di un permesso per sfruttamento lavorativo, su proposta del questore e con il parere favorevole del Procuratore della repubblica, al lavoratore che denunci il datore di lavoro e collabori alle indagini. Tale possibilità è stata però riservata alle sole ipotesi di «particolare sfruttamento», previste come aggravanti dall'art. 603-*bis*, ovvero al caso in cui i lavoratori impiegati siano più di tre, al caso di impiego di minori o, ancora, di esposizione dei lavoratori a situazioni di pericolo. A eccezione dell'ultima circostanza, le altre mantengono una *ratio* come aggravanti nel diritto penale, ma poco hanno a che fare con le condizioni materiali che determinano la gravità dello sfruttamento in un'ottica di tutela dei lavoratori. Almeno su questo punto, la

53. Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente nell'UE*, COM(2007) 249 def., Bruxelles, 2007.

54. Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Direttiva sanzioni aveva invece fornito una definizione estesa di condizioni di particolare sfruttamento, indicandole in quelle «risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana» (art. 2). Sempre la Direttiva sanzioni, che a onor del vero ha trovato un tiepido accoglimento in molti Paesi europei, consentiva poi di introdurre uno strumentario ampio, che andava da sanzioni amministrative che potevano colpire l'intera filiera produttiva a meccanismi di garanzia per il recupero delle retribuzioni, che è rimasto sostanzialmente lettera morta⁵⁵. Non stupisce, quindi, che tali strumenti abbiano trovato un'applicazione limitata e abbiano avuto un impatto largamente insoddisfacente. Probabilmente, il loro effetto principale è stato proprio quello di giustificare e rafforzare una calotta interpretativa dello sfruttamento lavorativo come fenomeno criminale, invece che come questione sociale, nonché politica, nella misura in cui ha a che fare con strutture istituzionali che determinano e perpetuano relazioni di potere ineguali.

A oggi, il quadro legislativo si è leggermente modificato, ma non la sua logica di fondo. Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-bis del c.p. è stato riformulato nel 2016, non senza polemiche, così che la lettera della legge consente di incriminare anche chi utilizzi o impieghi manodopera sottoponendola a condizioni di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori: ovvero, i datori di lavoro. Gli indici di sfruttamento, da intendersi come indicatori non tassativi, costituiscono l'aspetto più innovativo della fattispecie, e consentono di non irrigidirne la definizione ma di adattarla a contesti diversificati⁵⁶. Inoltre, la riforma introdotta nel 2016 dalla cosiddetta legge Martina, ha previsto la confisca obbligatoria in caso di condanna, la possibilità del controllo giudiziario dell'azienda e, nelle ipotesi aggravate da violenza, l'arresto obbligatorio⁵⁷. Si tratta certo di modifiche importanti, la cui portata va però commisurata ai vincoli garantisti del diritto penale che impongono che la responsabilità sia imputata soggettivamente, con non poche difficoltà dal punto di vista probatorio, soprattutto in settori come quello della filiera produttiva agricola⁵⁸.

55. Cfr. C. Pittaluga, C. Momi, *op. cit.*

56. A. di Martino, *op. cit.*, pp. 59-148.

57. Per un'analisi della normativa da una prospettiva giuslavoristica, si vedano D. Garofalo, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *Diritto della Sicurezza Sociale*, 2018, n. 2, pp. 229-263; M. D'Onghia, C. de Martino, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 352, 2018; W. Chiaromonte, «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2018, n. 158, pp. 321-356.

58. A febbraio 2020, al termine di un processo concertativo durato circa due anni e che ha coinvolto numerosi soggetti istituzionali, organizzazioni di categoria ed enti del terzo settore, il Ministero del lavoro ha approvato il *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020 – 2022*, che definisce un quadro di

La riforma del 2016 ha invece lasciato invariato il quadro delle tutele per i lavoratori, con il risultato che il secondo corno della disciplina, così come delineata dalla commissione Pansa, continua a rimanere sostanzialmente monco. Anche in questo caso i dati ne danno conferma. Se ci si attendesse al numero esiguo di permessi di soggiorno rilasciati per motivi di sfruttamento lavorativo dovremmo, infatti, concludere che il fenomeno non esiste o quasi. Nell'intero periodo di applicazione dell'art. 22 del Testo unico immigrazione, che lega il rilascio del permesso alle ipotesi aggravate dell'art. 603-*bis* del codice penale, sono stati rilasciati solo 21 titoli di soggiorno⁵⁹, con un picco di ben 8 nel 2016, anno che coincide con l'entrata in vigore della riforma del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Secondo parte della letteratura giuridica, con l'introduzione dell'arresto obbligatorio per le condotte accompagnate da violenza e minaccia, la nuova formulazione del reato consente di estendere la protezione sociale prevista dall'art. 18 del Testo unico immigrazione alle vittime di sfruttamento lavorativo, con il vantaggio, peraltro, di poter attivare la protezione attraverso un percorso sociale non vincolato al procedimento penale⁶⁰. Anche in questo caso, le ricerche sulle prassi applicative mettono tuttavia in evidenza come tale interpretazione non trovi riscontro nelle Procure, mentre i dati forniti della Direzione Centrale Anticrimine confermano che la protezione sociale è nella pratica riservata alle vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale⁶¹.

Come già ampiamente argomentato, è stata in realtà la protezione umanitaria a supplire negli anni alla carenza di strumenti di regolarizzazione per i lavoratori. A partire dal 2009, l'elaborazione della giurisprudenza civile l'aveva infatti estesa a un'ampia gamma di situazioni di vulnerabilità, che progressivamente hanno incluso quella lavorativa.

interventi di natura emergenziale e strutturale per contrastare il fenomeno dello sfruttamento lavorativo in agricoltura. Nonostante il documento preveda anche interventi di carattere sociale, di intermediazione pubblica del mercato del lavoro agricolo e di regolazione della filiera produttiva, il piano conferma l'approccio di stampo securitario, enfatizzando la natura criminale del fenomeno e il ruolo dei caporali, quali principali destinatari delle misure repressive. Il documento è disponibile all'indirizzo www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Approvato-il-Piano-nazionale-contro-lo-sfruttamento-e-il-caporalato-in-agricoltura.aspx (ultimo accesso, 4.9.2020).

59. Fonte: Ministero dell'interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza, prot. 13351 del 14 febbraio 2020. I dati sono stati forniti dall'Ufficio Centrale di Statistica del Ministero dell'interno su richiesta della Clinica del diritto dell'immigrazione e della cittadinanza dell'Università degli Studi Roma Tre.

60. Cfr. E. Santoro, C. Stoppioni, *Strategie per combattere lo sfruttamento lavorativo dopo l'entrata in vigore della legge 199/2016. I primi dati della Ricerca del Laboratorio di ricerca sullo sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime Altro diritto/FLAI CGIL*, Centro di ricerca interuniversitario l'Altro diritto, Firenze, 2019. Entrambi i rapporti dell'Osservatorio sono disponibili a www.adir.unifi.it/laboratorio (ultimo accesso, 31.7.2020). Degli stessi autori, si veda anche *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2019, n. 162, pp. 267-286.

61. Al 21 ottobre 2019 risultavano in vigore 462 permessi di soggiorno *ex art.* 18 TU immigrazione rilasciati in gran parte a donne prevenienti da Nigeria (250), Albania (66) e Marocco (54). I dati sono disponibili a www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/036/201/DIREZIONE_CENTRALE_ANTICRIMINE.pdf (ultimo accesso, 31.7.2020).

L'abrogazione dell'art. 5 comma 6 del Testo unico immigrazione, a opera del primo dei decreti sicurezza nel 2018, ha eliminato la protezione umanitaria come istituto di carattere generale, sostituendola con una serie tipizzata di permessi speciali. Tra questi, quello per sfruttamento lavorativo non è altro che una diversa nomenclatura del permesso di soggiorno previsto dall'art. 22 del Testo unico immigrazione, di cui riproduce tutti i limiti di applicazione.

5. Riflessioni conclusive

La crisi sanitaria, sociale e politica provocata dalla pandemia da Covid-19 ha reso palese, anche per i non addetti ai lavori, che conserve, pelati e ortaggi che arrivano sugli scaffali dei supermercati e sulle nostre tavole sono il prodotto di un *made in Italy* tutt'altro che autarchico, poiché dipende da un sistema di circolazione globale⁶². In tale sistema, i confini giocano un ruolo al contempo centrale e ambivalente. Se, da un lato, la libera circolazione europea agevola l'arrivo di manodopera a buon mercato, dall'altro, l'elevata mobilità consente ai lavoratori di trascorrere buona parte dell'anno nei Paesi di origine, abbassando il proprio costo di vita e facilitando, dunque, anche l'esternalizzazione dei costi di riproduzione della manodopera. Il sistema delle frontiere esterne, sebbene sia da anni quasi totalmente chiuso ai flussi per lavoro, continua a fornire un bacino sicuro di manodopera a basso costo, mettendo ufficiosamente al lavoro le c.d. migrazioni forzate, senza neppure dover pagare il prezzo di predisporre vie di accesso stabili ai diritti. Se l'esito della procedura di asilo è negativo, il lavoro prestato nel frattempo, talvolta per anni, non fornisce infatti alcun viatico per ottenere il permesso di soggiorno. Anche in questo caso, i costi di riproduzione della manodopera possono essere agevolmente abbattuti, venendo scaricati in parte sul sistema di accoglienza dei richiedenti asilo, o contando sulla disponibilità dei lavoratori ad accettare infime condizioni, non solo lavorative, ma anche di vita. Il tutto sostenuto da una rappresentazione discorsiva di asilanti e profughi come figure parassitarie, la quale può contare su un consolidato radicamento storico⁶³.

Ragionare sulla dimensione sistemica dello sfruttamento lavorativo in agricoltura significa, dunque, guardare al di là dei ruoli di vittime e carnefici, questi ultimi sovente e sbrigativamente identificati con i soli caporali, per prendere in considerazione l'organizzazione della filiera produttiva, ma anche le modalità attraverso le quali i regimi istituzionali di governo e controllo della mobilità integrano e mantengono la forza lavoro in una posizione subalterna e depauperata. La scelta del legislatore del 2016 di estendere la

62. Sulle trasformazioni della filiera agro-alimentare italiana, si veda il numero monografico della rivista *Meridiana*, n. 93 del 2018, intitolato *Agricoltura e cibo*.

63. Sul punto, ampiamente, S. Salvatici, *Nel nome degli altri. Storia dell'umanitarismo internazionale*, Bologna, il Mulino, 2015.

punibilità, oltre alle condotte di reclutamento, a quelle di chi «utilizza, assume o impiega manodopera [...] sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno» (art. 603-*bis* c.p.), ha spostato l'accento dal sistema del cosiddetto caporalato alla responsabilità dei datori di lavoro e, più in generale, degli imprenditori nello sfruttamento lavorativo. D'altro canto, la prerogativa attribuita allo strumentario penale nel contrasto allo sfruttamento ne segna anche il limite di intervento. Da elemento sistemico dei rapporti di produzione, lo sfruttamento è ridotto, infatti, a dimensione patologica, che il diritto riconosce solo nella misura in cui viola diritti fondamentali connessi alla persona del lavoratore inserito in uno specifico rapporto di lavoro. Lasciato solo, il diritto penale corre il rischio di essere frainteso per uno strumento di politica sociale, al quale è affidato il compito di tracciare la soglia di tolleranza oltre il quale lo sfruttamento diventa socialmente e *per legge* inaccettabile⁶⁴.

La carenza di manodopera in agricoltura durante la crisi sanitaria è dipesa soprattutto dal blocco della circolazione tra i Paesi europei, oltre che dalla difficoltà a spostarsi da una regione all'altra dei lavoratori presenti sul territorio, ma ha nondimeno funzionato come spinta politica all'adozione, dopo anni, di un provvedimento di regolarizzazione. Si tratta di una misura che avrebbe trovato valide ragioni anche in assenza della crisi generata dalla pandemia; prima fra tutte, il fatto che, dalla fine del 2018, il venir meno della protezione umanitaria come istituto di carattere generale ha diminuito le *chance* di vedere accolte le domande di protezione internazionale e ha reso più complesso il rinnovo del permesso di soggiorno per chi era titolare di tale *status*, illegalizzando, di fatto, una parte della popolazione migrante. Se una critica va mossa al provvedimento, non è certo quella della strumentalità del dibattito che lo ha accompagnato, tipica peraltro delle scelte politiche in tema di immigrazione, quanto, piuttosto, quella delle strettoie della procedura che ne stanno determinando la poca incisività. I settori produttivi ai quali il provvedimento di emersione ha vincolato la regolarizzazione dei migranti presenti sul territorio sono contraddistinti da relazioni di assoggettamento e subalternità dei lavoratori, e non stupisce che vi si ritrovino ampie fasce di informalità e sfruttamento; limitare a tali settori la regolarizzazione è, nondimeno, una scelta politica di segregazione.

Per quanto riguarda il lavoro agricolo, in particolare, legare il titolo di soggiorno alla condizione lavorativa significa riprodurre un sistema fallimentare, nella misura in cui la tipologia contrattuale del lavoro a chiamata rende difficile mantenere la regolarità del soggiorno anche per chi ha già un permesso per motivi di lavoro. Non è forse un caso che, in assenza di altri canali di regolarizzazione, negli anni recenti la protezione umanitaria sia

64. Per una critica al concetto di sfruttamento nel diritto, S. Marks, *Exploitation as an International Legal Concept*, in *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies*, a cura di S. Marks, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 281-307. Per una discussione sul tema si rimanda a E. Rigo, *op. cit.*

stata così largamente utilizzata nella prassi e fosse diffusa anche tra i lavoratori non europei impiegati in agricoltura. Dando attuazione al disegno dell'asilo costituzionale, la giurisprudenza di merito e di legittimità aveva elaborato, attraverso questo strumento, uno degli esempi più fecondi di diritto vivente. Come noto, nell'ordinanza Cass., I sez. civ. n. 4455 del 2018 la Corte nomofilattica aveva riconosciuto che il diritto alla protezione umanitaria poteva essere determinato anche dalla mancanza, nel Paese di origine, «delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standards minimi per una vita dignitosa». Si tratta di un principio solidaristico che riconosce il diritto a emanciparsi dalla propria condizione e tutela le relazioni materiali di radicamento. Rileggerlo oggi significa riconoscere che la solidarietà non instaura mai relazioni in perdita, e prendere atto che, come ha mostrato la crisi pandemica, le restrizioni alla libertà di circolazione dei migranti non solo mettono in crisi la filiera agroalimentare ma possono compromettere i bisogni e le esigenze ineludibili di tutti.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

I PERCORSI MIGRATORI E LA PANDEMIA. COME CAMBIANO LE EMERGENZE

di Michela Tuozzo

Abstract: *A partire dalla restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE nei confronti dei cittadini stranieri il saggio analizza due momenti che caratterizzano il percorso migratorio, l'inizio e la fine, attraverso le figure dei richiedenti asilo alla ricerca di un luogo sicuro e degli stranieri in attesa di rimpatrio, nel corso della pandemia. Le due vicende sono sintomatiche di una sovrapposizione tra emergenze, quella (contingente) sanitaria che si accompagna alle criticità ordinarie della c.d. politica dei "porti chiusi" e della "galera amministrativa". Più precisamente, si analizzerà l'impatto del decreto interministeriale del 7 aprile 2020 che ha dichiarato non sicuri i porti italiani per i migranti soccorsi da navi battenti bandiera straniera e fuori dell'area SAR italiana, per tutta la durata dell'emergenza nazionale, sui diritti dei naufraghi, quali il diritto a raggiungere un posto sicuro, il diritto d'asilo e il diritto alla salute. Si valuterà poi la compatibilità di tali diritti con la soluzione delle cosiddette "navi quarantena", attraverso alcune importanti decisioni, passate e recenti, della giurisprudenza interna e della Corte EDU. Con riferimento alla restrizione della libertà personale dei cittadini stranieri in attesa di essere rimpatriati, uno spunto di riflessione sull'art. 15 della direttiva 2008/115/CE è offerto dal caso spagnolo e dallo svuotamento temporaneo dei CIEs.*

Abstract: *Starting from the restriction of non-essential travel to the EU for non-EU citizens this work will analyse two typical moments of the migration route, the beginning and its end, through the figures of asylum seekers looking for a safety place and immigrants awaiting deportation, during the pandemic. The two events are symptomatic of an overlap between emergencies, the (contingent) healthy one, that accompanies the ordinary criticalities of the so-called policy of "closed ports", and "administrative jail". More precisely, it will analyse the impact of the interministerial decree of 7 April 2020 which declared the Italian ports unsafe for migrants rescued by ships flying a foreign flag and outside the Italian SAR area, for the entire duration of the national emergency, on rights of the rescued persons, such as the right to a Place of Safety, the right of asylum and the right to health. The compatibility of these rights with the solution of the "quarantine ships", will be studied starting from some important decisions, past and recent, of the internal jurisprudence and of the EDU Court. Regarding the restricting freedom to foreigner citizens in order to prepare their deportation, the opportunity to reflect on the art. 15 Directive 2008/115/EC is offered by the story of the temporary emptying of the Spanish CIEs.*

I PERCORSI MIGRATORI E LA PANDEMIA. COME CAMBIANO LE EMERGENZE

di Michela Tuozzo *

*Perché siamo diventati ciechi, non lo so,
forse un giorno si arriverà a conoscerne la ragione,
Vuoi che ti dica cosa penso? (...),
Secondo me non siamo diventati ciechi, secondo me lo siamo,
Ciechi che vedono, ciechi che, pur vedendo, non vedono*
JOSÉ SARAMAGO, *Cecità*

SOMMARIO: 1. La mobilità attraverso le frontiere tra fase uno e fase due dell'emergenza CoViD-19. – 2. *Place of safety* e limitazione all'ingresso nei porti italiani. – 2.1. (*segue*) Una prima analisi di compatibilità dell'uso delle navi quarantena col quadro costituzionale e convenzionale. – 3. Detenzione amministrativa e *best practices*: un modello dalla Spagna. – 4. Riflessioni conclusive.

1. La mobilità attraverso le frontiere tra fase uno e fase due dell'emergenza CoViD-19

All'indomani dello scoppio dell'emergenza CoViD-19, quando l'epicentro dell'epidemia si è spostato dalla Cina all'Italia, a Wuhan e nella provincia dello Hubei le misure serrate di contenimento adottate avevano già sperimentato la loro efficacia. Pertanto il Vecchio Continente ha replicato, un po' a rilento, in maniera scoordinata e a partire dalla differente prospettiva¹ dei Paesi a forma di Stato liberal-democratica nel rapporto tra potere pubblico

* Dottoranda di ricerca in *Diritti Umani. Teoria, Storia e Prassi*, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II. Il testo è una rielaborazione ampliata e aggiornata del saggio *La zattera degli esuli: percorsi migratori alla prova della chiusura delle frontiere*, in corso di pubblicazione nel volume *Dialoghi in Emergenza*, a cura di F. Niola e dell'Autrice, Napoli, Editoriale Scientifica.

1. La Repubblica Popolare Cinese, come è noto, è a forma di Stato socialista. Il modo in cui è gestito il rapporto tra organi dello Stato e cittadini, nonché il sistema dei diritti fondamentali, subordinato all'azione dello Stato, si è riflesso quindi anche nella gestione dell'epidemia da coronavirus. Per i primi approfondimenti sulla risposta istituzionale (la cui direzione complessiva è rimasta salda nel Comitato Centrale del PCC e nel Consiglio di Stato della RPC, secondo il paradigma dello "Stato duale") alle operazioni di contenimento dell'epidemia; alle sanzioni previste per i trasgressori delle misure di prevenzione e controllo, si vedano M. Mazza, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative*, in *DPCE Online*, [S.l.], www.dpceonline.it, vol. 43, n. 2/2020, p. 2049 ss. (spec. pp. 2053-61); A. Canepa, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, pp. 168-194, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza CoViD-19. Una prospettiva comparata* (aggiornato al 5.5.2020), a cura di L. Cuocolo, federalismi.it, *Osservatorio Emergenza Covid-19*, www.federalismi.it; e N. Mazzaracchio, *I ciechi tastano l'elefante* (mangren mo xiang) e la libellula si posa sul bocciolo di loto. *La realtà cinese e non la sua retorica*, in *Dialoghi in Emergenza*, a cura di F. Niola - M. Tuozzo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 145-160. A proposito

e diritti soggettivi, la stessa tipologia di alcune misure, limitando drasticamente le libertà di circolazione e di riunione (e quindi altri diritti connessi, ad esempio la libertà religiosa esercitata in forma collettiva) delle persone. È superfluo mettere in chiaro in proposito che le pesanti limitazioni imposte nei Paesi liberal-democratici, anche dinanzi all'emergenza devono essere informate ai criteri della temporaneità, proporzionalità e in genere al rispetto delle procedure previste dal rispettivo ordinamento².

Gli Stati membri dell'UE hanno reagito in maniera asincrona, sia rispetto all'adozione delle misure interne di contenimento, sia nella fortificazione simbolica della nuova *linea Maginot* che ha ristabilito controlli alle frontiere interne³ e limitazioni all'ingresso alle frontiere esterne, sia infine nella fase della revoca alle restrizioni dei viaggi non essenziali.

Nella primissima fase dell'emergenza si può quindi registrare l'assenza di un coordinamento tra loro, che hanno adottato misure *di* isolamento *in* isolamento reciproco.

Solamente il 16 marzo, con un atto atipico⁴, la Commissione ha "raccomandato" al Consiglio europeo di agire ai fini della rapida adozione, da parte dei capi di Stato o di governo

della comparazione tra il modello cinese e quello dei Paesi occidentali nella lotta al virus, osserva in particolare (correttamente) il primo A. che anche di fronte a provvedimenti dal contenuto apparentemente simile non è possibile ricondurre l'approccio liberal-democratico a quello autoritario: «Sono dissonanti, in special modo, le rispettive percezioni dello Stato e dei suoi limiti; le situazioni eccezionali possono, dunque, non richiedere risposte eccezionali, ma procedure democratiche e stretta applicazione della *rule of law*, senza scambiare la "drammaticità" dell'evento con l'"eccezionalità" delle misure» (p. 2064).

2. T. Groppi, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, conversazione con M.L. Baldino, *La ricerca al tempo del COVID*, Università di Siena, 27 marzo 2020, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 30.3.2020.

3. La reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne deve essere intesa come eccezione alla regola generale, in forza della quale qualsiasi persona di qualsiasi nazionalità può attraversare qualsiasi frontiera interna senza essere sottoposta ai controlli di frontiera (ad eccezione di Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania) e pertanto deve essere necessariamente retta dal criterio della proporzionalità. Essa è prevista agli artt. 25, 26 e 28 del Regolamento EU 2016/399 (*Codice Frontiere Schengen*) in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, per trenta giorni, reiterabili per un massimo di sei mesi e previa informazione della Commissione con almeno quattro settimane di anticipo. L'asincronia dei Paesi membri si è rivelata anche nella scelta della cornice giuridica adoperata per la disciplina della situazione: alcuni di essi infatti hanno fatto ricorso all'articolo 28 del Regolamento, che differisce per presupposti e procedura, consentendo un intervento immediato di sospensione dell'Accordo Schengen quando una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro richiede un'azione immediata. Lo Stato membro interessato può, in via eccezionale, ripristinare immediatamente il controllo di frontiera alle frontiere interne per un periodo limitato di una durata massima di dieci giorni. Se la minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna perdura, lo Stato membro può decidere di prorogare i controlli, per periodi rinnovabili non superiori a venti giorni. Fatto salvo l'articolo 25, paragrafo 4, la durata totale del ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne e delle eventuali proroghe non può superare i due mesi.

4. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, covid-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU*, COM(2020) 115 final, 16.3.2020.

Per un'analisi complessiva su questa e le altre misure adottate dalla Commissione sia rinvia a G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.eu, II, 2020, p. 72 ss., il quale nota come nell'emergenza pandemica l'adozione di atti di *soft law* da parte della Commissione abbia costituito una surrogazione/sostituzione dell'attività dei legislatori dell'UE utile a garantire la tempestività, alla luce della inconciliabilità tra il tempo eccessivamente lungo necessario all'adozione delle procedure legislative di *hard law* in materia di sanità pubblica e frontiere, e l'adozione di misure improcrastinabili che l'emergenza ha richiesto. Sull'adozione di strumenti di

degli Stati membri al sistema di Schengen, assieme ai loro omologhi degli Stati associati a questo, di una restrizione temporanea dei viaggi non essenziali da Paesi terzi verso la zona UE+. Al fine di promuovere un approccio integrato e guidato dal principio di solidarietà nella gestione delle frontiere interne ed esterne, venivano così elaborate le Linee Guida⁵ con le quali è stato riconosciuto ai singoli Paesi membri il potere di impedire l'ingresso ai cittadini extra UE in presenza di sintomi o di previa esposizione al pericolo di infezione, fatto salvo il rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione da coniugare con la difesa della salute pubblica. Il Consiglio europeo, a seguito della videoconferenza del 17 marzo, ha definitivamente annunciato di limitare l'accesso alle frontiere esterne, nonostante le precedenti dichiarazioni del presidente della medesima istituzione, Charles Michel e della presidente della Commissione, Ursula Von der Leyen, di aperto disappunto in ordine al divieto di viaggio deciso dagli Stati Uniti il 12 marzo.

Con la successiva Comunicazione del 30 marzo 2020⁶, la Commissione è nuovamente intervenuta a chiarire che la restrizione dei viaggi non essenziali non dovrebbe applicarsi alle persone aventi funzioni o necessità essenziali, tra cui quelle che necessitano di protezione internazionale o si mettano in viaggio per altri motivi umanitari, nel rispetto del principio di *non refoulement*. Nonostante sia rimasta invariata la responsabilità giuridica degli Stati di continuare a consentire la presentazione delle domande d'asilo, la combinazione tra normativa vigente e provvedimenti emergenziali ha dato il via a diverse anomalie sul piano dell'effettività del diritto d'asilo, sulle quali ci si soffermerà nei due successivi paragrafi.

Nella Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per contrastare la pandemia da CoViD-19 e le sue conseguenze, 2020/2616(RSP), tra i primi *considerando* che si possono leggere vi è il rimprovero agli Stati membri per il mancato coordinamento nella risposta ad essa «in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme».

Proprio in materia di sanità pubblica⁷, gli articoli 6 e 168 TFUE attribuiscono all'Unione competenze scarse di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione, che

soft law si leggano anche G. Fiengo, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *DPCE Online, OsservatorioCovid19*, www.dpceonline.it, del 29.3.2020; F. Rossi, *Luci ed ombre sull'intervento dell'Unione Europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *NOMOS. Le attualità del diritto*, www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2020. Sul punto, si veda anche oltre nel testo.

5. *Covid-19. Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*. Comunicazione della Commissione, *C(2020) 1753 final*, 16.3.2020.

6. *Comunicazione della Commissione Covid-19 Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e gli effetti sulla politica in materia di visti (2020/C 102 I/02)* in GUUE C 1021 del 30.3.2020.

7. F. Rolando, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, Numero

rimane però fondamentale statale. Il coordinamento è stato quindi intrapreso e svolto dalla Commissione attraverso l'adozione di atti atipici⁸, sottraendosi alle procedure ordinarie, per evitare che le relative lungaggini ostacolassero la rapidità che la contingenza pandemica ha richiesto.

Il Parlamento ha stigmatizzato l'atteggiamento, poco rispettoso dei principi di solidarietà⁹ e di leale collaborazione, lamentando: «l'incapacità iniziale degli Stati membri di agire in modo collettivo e chiede che tutte le future azioni degli Stati membri siano guidate dal principio fondante dell'Unione di solidarietà e di leale cooperazione»¹⁰.

Speciale, www.eurojus.it, 2020, pp. 1-14. Si ripercorrono qui le misure già adottate dall'UE per far fronte alle crisi epidemiologiche in ambito transfrontaliero, nei casi dell'Ebola e della Sars, traendone insegnamenti anche per le azioni di risposta al coronavirus.

8. Con la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio, Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, COM(2020) 148 final, 8.4.2020, la Commissione ha auspicato l'adozione di una proroga delle restrizioni fino al 15 maggio; ancora sulle riaperture differenziate *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*, C(2020) 3250 final. Il 15 aprile la presidente della Commissione europea e il presidente del Consiglio europeo hanno presentato la *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19* (2020/C 126/01). L'11 giugno 2020 la Commissione ha adottato una nuova *Comunicazione*, COM(2020) 399, in cui raccomanda di prorogare la restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE fino al 30 giugno 2020 e definisce l'approccio da adottare per la revoca graduale della restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE a partire dal 1° luglio 2020 (vedi nota nr. 11). Infine il 30 giugno con *Raccomandazione del Consiglio relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione* sono stati indicati i criteri da seguire per la revoca alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE a partire dal 1° luglio (vedi *infra*).

9. G. Morgese, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, Numero Speciale, www.eurojus.it, 2020, pp. 77-114 (spec. p. 86). Il principio di solidarietà nel diritto dell'UE assume presupposti e connotati specifici nei diversi settori in cui se ne fa richiamo: «i riferimenti settorialmente trasversali e contenutisticamente variabili non permettono di ricavare un significato univoco del concetto in esame. Peraltro i Trattati e gli atti derivati non ne forniscono una definizione, né questa è ricavabile dalle pronunzie dei giudici dell'UE i quali, sinora, si sono limitati a individuarne l'ambito di operatività, nei settori di volta in volta rilevanti, per enuclearne gli effetti giuridici relativamente alle questioni loro sottoposte». Secondo lo studioso nonostante gli sforzi della dottrina, della giurisprudenza e dell'Avvocatura Generale di annoverare la solidarietà tra i valori del diritto UE, capace di ispirare l'intero ordinamento, essa non ha ancora raggiunto un livello di maturità tale da qualificarsi come principio di carattere generale. Secondo l'Autore le cause sono due: la difficoltà di trasferire un concetto nato in ambito nazionale ad un ordinamento *sui generis* quale quello UE e la difficoltà di armonizzare le diverse tipologie di un concetto *in fieri*. Da questa premessa lo studioso ricava che nel corso della crisi pandemica da coronavirus la solidarietà non si presta a divenire diritto assoluto per gli Stati in difficoltà, «In altri termini, l'Unione può mostrare solo la solidarietà che i Trattati le permettono di mostrare e alle condizioni previste, nonostante gli alti richiami solidaristici che in questi ultimi pur vengono fatti: ogni auspicio o "forzatura" del dibattito scientifico e pubblico, sì giustificati dall'eccezionalità del momento, rischia di scontrarsi con l'angusto dato normativo» (*ivi*, p. 113). Di diversa opinione è L.F. Pace, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?*, in *AISDUE, Dibattito "Coronavirus e diritto dell'Unione"*, www.aisdue.eu, n. 4, 2020, pp. 18-21 (spec. p. 21), secondo cui la solidarietà è valore fondante dell'ordinamento UE (art. 2 TUE) e principio interpretativo richiamato nei Trattati (artt. 3, 21, 24, 31 TUE e artt. 67, 80, 194 TFUE). Secondo l'Autore, pertanto, solamente attraverso la solidarietà e il valore della cittadinanza UE sarà possibile uscire dalla crisi pandemica.

10. P. De Pasquale, *La pandemia di CoViD-19: il coordinamento alla prova dei fatti*, in comparativecodivlaw.it, 18.4.2020, ricorda come il coordinamento richieda un'azione biunivoca degli Stati membri, teso sia a favorire l'attività delle istituzioni, sia a farsi promotori di iniziative di coordinamento.

Con la c.d. “fase due” dell’emergenza è stata rinsaldata la linea che ha preferito l’adozione di strumenti giuridicamente non vincolanti, per cui dapprima il Consiglio UE tenutosi in videoconferenza il 5 giugno 2020 giungeva all’accordo su un approccio unificato per revocare le restrizioni sui viaggi non essenziali verso l’UE, mentre successivamente, a margine del nuovo Consiglio UE del 30 giugno è stata adottata la Raccomandazione¹¹ sulla soppressione graduale delle restrizioni temporanee citate, contenente l’elenco dei Paesi terzi interessati, i criteri epidemiologici da soddisfare per la suddetta revoca¹², nonché la durata della misura, da verificare ogni due settimane.

La dimensione sovranazionale della lotta al CoViD con riferimento allo spazio Schengen¹³ solleva criticità specifiche, che coinvolgono il profilo della libera circolazione dei cittadini europei (qui peraltro solamente menzionata, per il carattere parentetico del tema rispetto al diverso discorso in questa sede approfondito) e quello della condizione precaria dei cittadini extra UE alla frontiera, che il *travel ban* ha contribuito ad acuire.

Per questi ultimi, la chiusura delle frontiere ha avuto effetti molto differenti, a seconda della regolarità del loro soggiorno nello spazio comune e della loro permanenza stabile o temporanea (in transito) sul territorio. La previsione contenuta nelle Linee Guida del 16 marzo ha riconosciuto agli Stati il diritto di rifiutare l’ingresso a quei cittadini di Paesi terzi che presentassero sintomi del virus o fossero stati esposti a rischio di infezione, pertanto rappresentanti una potenziale minaccia per la salute pubblica, colpendo così principalmente i richiedenti asilo¹⁴ verso i quali la mancata chiarezza delle modalità attuative delle due

11. *Council Recommendation on the temporary restriction on non-essential travel into the EU and the possible lifting of such restriction*, 9208/20, 30.6.2020, che ha recepito la proposta formulata dalla Commissione COM(2020) 399 dell’11.6.2020 di prorogare la restrizione dei viaggi non essenziali verso l’UE fino al 30 giugno 2020 e di definizione circa l’approccio da adottare per la revoca graduale della restrizione dei viaggi non essenziali verso l’UE a partire dal 1° luglio 2020.

12. Ossia registrare, alla data del 15 giugno 2020, un numero di nuovi casi di COVID-19 per ogni 100.000 abitanti nei 14 giorni precedenti prossimo o inferiore alla media dell’UE; un andamento stabile o in diminuzione dei nuovi casi nel medesimo periodo rispetto ai 14 giorni precedenti; e la risposta complessiva alla COVID-19, tenuto conto delle informazioni disponibili su aspetti quali i test, il monitoraggio, il tracciamento dei contatti, il contenimento, le cure e la segnalazione, nonché dell’affidabilità delle informazioni e delle fonti di dati disponibili e, se necessario, del punteggio medio totale relativo a tutte le dimensioni del regolamento sanitario internazionale (RSI).

13. S. Montaldo, *L’emergenza COVID-19 e la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne nell’area Schengen: non lasciare che una grave crisi vada sprecaata*, in *European Papers, European Forum, Insight*, 25.4.2020. È giocoforza rilevare che il ritorno *di fatto* delle frontiere non ha fatto che acuire le fragilità dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia* intorno al quale è stata disegnata una nuova cartina politica dell’Unione europea, con confini mai stabili e preda delle forze centrifughe nazionali.

14. Nonostante la Commissione abbia escluso dalle misure restrittive all’ingresso le persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari, alcuni Paesi hanno optato per la chiusura dei porti, dichiarando questi ultimi non sicuri. Cfr. G. Morgese, *op. cit.*, p. 97: «La pandemia sta avendo un impatto specifico sui migranti, specie quelli più vulnerabili come i richiedenti asilo, nei cui confronti numerosi Stati UE, nonostante i loro obblighi, specie alla frontiera, si sono mossi come al solito in ordine sparso e talvolta in maniera restrittiva: alcuni hanno sospeso le procedure di riconoscimento dell’asilo, anche impedendo l’ingresso sul loro territorio o disponendo il confinamento in Centri di varia natura; Italia e Malta hanno dichiarato i propri porti non sicuri per lo sbarco dei migranti

Comunicazioni del 16 e 30 marzo ha avuto come effetto di limitare la portata degli obblighi derivanti dal principio di *non respingimento*¹⁵, l'accesso alla domanda di asilo e agli altri diritti fondamentali, compreso quello all'assistenza sanitaria.

I confini dell'Europa si sono rivelati, anche nel contesto pandemico, terreno in cui ricercare una sintesi ragionevole tra due contrapposte esigenze giuridiche, quella securitaria (sanitaria) e quella di assicurare un "porto" sicuro ai diritti fondamentali dei migranti secondo gli obblighi di diritto internazionale: «It is no coincidence that borders play a prominent role in the fight against the coronavirus, since they can fulfil important symbolic functions transcending the practical effects of more police checks»¹⁶.

La "chiusura" delle frontiere si riflette in maniera diversa sugli stranieri privi di valido titolo di soggiorno, a seconda che essi siano "in entrata" o "in uscita" rispetto allo spazio eurounitario, per la ragione intuibile che non possono varcare la frontiera medesima, né per entrarvi, né per uscirne.

A partire da questo dato si prenderanno in considerazioni nei successivi paragrafi i due momenti apicali del percorso migratorio, l'inizio e la sua fine, nel corso della pandemia. Il primo è segnato dalla ricerca di un "luogo sicuro" da parte dei migranti in fuga e all'uopo si esaminerà il caso italiano, con la ripresa di una prassi già avviata in Italia il 19 marzo 2019 con la c.d. direttiva Salvini e sublimata nel c.d. decreto sicurezza *bis* (d.l. 53/2019, convertito in l. 77/2019)¹⁷, volta a porre un freno alle operazioni di sbarco nei porti

in specie dalla Libia...». La situazione più incandescente si conferma essere quella sul confine tra Turchia e Grecia. Quest'ultima, infatti, «dopo aver chiuso le frontiere con la Turchia schierando le forze armate e respingendo sommariamente i migranti, ha sospeso per due mesi l'esame delle domande di asilo e avviato il procedimento per modificare la normativa in senso più restrittivo. A ciò si aggiunge la situazione negli *hotspot* localizzati sulle isole prospicienti la Turchia, già sovraffollati e in condizioni igieniche precarie. Peraltro, la situazione è stata esacerbata anche dal fatto che il successivo allentamento delle misure di *lockdown* non è stato esteso ai Centri che accolgono migranti» (*ivi*, p. 98, con indicazioni bibliografiche alle note 129 e 130).

15. Sulla inderogabilità della norma di *jus cogens*, anche in piena crisi sanitaria e sul pericolo che l'allentamento della regola possa costituire un pericoloso ed inammissibile precedente, si rinvia a S. Nicolosi, *Non-refoulement During a Health Emergency*, in *EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law*, www.ejiltalk.org, 14.5.2020.

16. D. Thym, *Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal*, in www.globalcit.eu, 23.3.2020, che svolge un'analisi sui controlli alle frontiere e sulle restrizioni straordinarie ai viaggi per i confini interni ed esterni dell'area Schengen.

17. Sulle somiglianze tra il decreto interministeriale del 7 aprile 2020 e le politiche del precedente Governo c.d. "giallo-verde", si veda A.M. Pelliconi - M. Goldoni, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del Decreto Interministeriale 150/2020*, in questa *Rivista.*, n. 2.2020, p. 219 ss. Gli autori sottolineano che seppure il decreto presenti profili di discontinuità rispetto all'approccio dell'ex Ministro dell'interno (in quanto la competenza ad adottarlo è stata riaffidata all'originario titolare, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, la ragione giustificativa è individuata nella crisi pandemica, anziché *sic et simpliciter* nella difesa dei porti e infine quale fondamento giuridico è richiamata la disciplina previgente al d.l. n. 53 del 14.6.2019, convertito nella l. n. 77/2019), agli effetti pratici «l'intervento interministeriale di aprile 2020 sembra in continuità politica con le misure adottate dal precedente governo con il c.d. decreto sicurezza *bis*» (p. 220); S. Carlotti, *Migration Policy and Health Insecurity. Italy's response to COVID-19 and the impact of the Security Decree*, in *Riv. Trim. Sc. Amm., Studi di teoria e ricerca sociale*, www.rtsa.eu, n. 2/2020.

italiani¹⁸. Per quel che concerne la posizione degli stranieri in uscita si guarderà al caso spagnolo e alla praticabilità di misure alternative alla detenzione amministrativa.

2. *Place of safety* e limitazione all'ingresso nei porti italiani

Con il decreto interministeriale¹⁹ del 7 aprile 2020 adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute, si dispone che «per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* (“luogo sicuro”), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, sulla ricerca e salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana».

La *ratio* su cui si regge il decreto è quella di evitare nuovi ingressi per non sovraccaricare la tenuta del sistema sanitario nazionale, che alla luce della saturazione già raggiunta durante la cosiddetta “fase uno” non riuscirebbe a offrire cure adeguate ai migranti soccorsi fuori della zona SAR italiana e dalle navi battenti bandiera straniera. Si legge nel decreto che la «funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19» già sotto sforzo impedirebbe di garantire alle persone soccorse in mare l'assenza di minacce alla loro vita, il soddisfacimento dei bisogni primari e l'accesso ai servizi fondamentali. Prima ancora che il decreto fosse pubblicato, l'UNCHR il 16 marzo ha emanato una nota in cui ha ricordato che le misure di prevenzione alla diffusione del contagio

18. Sulla dubbia tenuta costituzionale della c.d. politica dei porti chiusi e di esternalizzazione delle frontiere si rinvia *ex plurimis* ai lavori di P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Diritto Pubblico*, 3/2019, p. 651 ss.; C. Corsi, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, Editoriale, *Focus-Human Rights*, www.federalismi.it, n. 23 del 27.7.2020; E. Olivito, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, p. 114 ss.; F. Scuto, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, p. 48 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici vedi *infra*.

19. Per una lettura critica del decreto in ordine alle norme di diritto internazionale si rinvia a F. Munari, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza CoViD-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile “intermittenza” del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in *SIDIBlog*, www.sidiblog.org, 16.4.2020; A.M. Pelliconi, *CoViD-19: l'Italia non è più un “luogo di sicurezza”. La decisione di chiudere i porti italiani è conforme agli obblighi in materia di diritti umani?*, in *EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law*, www.ejiltalk.org, 23.4.2020.

non possono contraddire l'obbligo di diritto internazionale di garantire l'accesso al territorio ai potenziali richiedenti asilo²⁰.

Qualche giorno dopo l'emanazione del decreto, il soccorso di centoquarantanove migranti a largo delle coste libiche da parte della nave tedesca *Alan Kurdi* pone sia Governo e Protezione Civile, sia i giudici amministrativi di fronte al dubbio sulla efficacia e sulla stessa legittimità del decreto.

Sul primo versante, la situazione incandescente e gli obblighi di diritto internazionale hanno condotto alla soluzione ingegnosa di trasformare il luogo *sicuro* in *galleggiante*²¹ (vedi *infra* par. 2.2) e qui svolgere la sorveglianza sanitaria: il 12 aprile, con decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287²², il posto sicuro è dunque individuato nelle navi, così nel giro di pochi giorni i migranti soccorsi sono stati trasferiti su un'altra nave, la *Raffaele Rubattino*, come deciso dal soggetto attuatore, ossia la Croce Rossa Italiana. Si tratta invero di una scelta non priva di inconvenienti e rischi, quali quello di non potere verificare le singole situazioni di salute degli stranieri e la necessità di cure specifiche di cui potrebbero avere bisogno, o di non consentire l'accesso immediato alla procedura per fare richiesta d'asilo (art. 10, co. 3 Costituzione), mentre il rischio è che i migranti subiscano trattamenti inumani e degradanti, inderogabilmente vietati anche in situazioni di emergenza (artt. 3 e 15 CEDU)²³.

Al tempo stesso, il decreto del Capo della Protezione Civile è intervenuto a “sanare” la potenziale grave lesione degli obblighi di diritto internazionale (su tutti, il divieto di respingimento, di subire trattamenti inumani e degradanti, di espulsione collettiva, il diritto d'asilo) che il decreto interministeriale avrebbe indirettamente causato. Si traducono in

20. «(...) it could send the persons into “orbit” in search of a State willing to receive them and as such may contribute to the further spread of the disease», scrive l'UNHCR nella *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, www.refworld.org, 16.3.2020.

21. Sulle condizioni materiali e giuridiche dei migranti soccorsi in mare e trasferiti sulle cc.dd. “navi quarantena” o navi *hotspot*, si leggano il recente rapporto Cild, *Detenzione migrante ai tempi del Covid*, cild.eu, luglio 2020 ed il Bollettino n. 28, del GNPL del 28.4.2020, reperibile online al sito www.garantenazionaleprivatiliberta.it. La realizzazione di misure di quarantena in tali luoghi espone in effetti i migranti ad una situazione di “limbo” giuridico, giacché non è loro riconosciuto il diritto di chiedere asilo, di essere tutelati se vittime di tratta o minori non accompagnati, né è assicurato quello di ricevere informazioni chiare ed esaustive sulle ragioni alla base della misura restrittiva. Infine, conclude il Garante, «l'imposizione di un periodo di quarantena nei confronti di persone per le quali non è al momento possibile indicare una soluzione di accoglienza appare contraddittoria e critica».

22. Avente ad oggetto la nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

23. A.M. Pelliconi - M. Goldoni, *op. cit.*, p. 221, criticano il ricorso ad un atto amministrativo che comprime gravemente sia i diritti fondamentali dei cittadini stranieri, sia gli obblighi di diritto internazionale al riguardo, più precisamente, il diritto d'asilo e il divieto di non respingimento, tra loro strettamente interconnessi al diritto di sbarcare in un luogo sicuro.

opzioni favorevoli al respingimento le cc.dd. “politiche di non arrivo”²⁴, volte appunto ad evitare l’arrivo sulle coste italiane dei richiedenti asilo e più in generale dei cittadini stranieri, tra cui si inseriscono quelle dei cc.dd. “porti chiusi”.

Un aspetto problematico intrinseco al respingimento, che si riflette anche nelle politiche che ne riproducono gli effetti, è quello di operare in maniera indiscriminata, senza svolgere un esame individuale delle posizioni dei singoli. Tale (mancata) scelta «comporta l’aggiramento, se non la negazione, dei due principi che rappresentano la premessa ineludibile per garantire effettività alla tutela del diritto di asilo: il divieto di espulsioni collettive e il principio di non-respingimento»²⁵. Sulla necessità dell’esame individuale della condizione dello straniero, con il *leading case Hirsi Jamaa ed altri v. Italia*²⁶, la Corte EDU ha chiarito che il divieto di espulsioni collettive riguarda tutti i casi in cui l’allontanamento non è preceduto dall’esame individuale: seguendo l’*iter* argomentativo rientrerebbe tra l’ipotesi di espulsione collettiva anche il caso dei respingimenti, se praticati in maniera indiscriminata.

Il Tar Lazio²⁷, chiamato in sede cautelare a verificare la sussistenza dei presupposti per sospendere l’efficacia del decreto, ha dal suo canto escluso, «in considerazione di un bilanciamento degli interessi contrapposti tipico della fase cautelare, che sussistano i requisiti di estrema gravità ed urgenza, poiché l’atto impugnato è motivato mediante argomentazioni non implausibili circa l’attuale situazione di emergenza da Covid-19, e la conseguente impossibilità di fornire un “luogo sicuro”, senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19. Resta comunque fermo l’obbligo di garantire assistenza sanitaria e socio-assistenziale alle persone eventualmente soccorse in mare».

L’epilogo della vicenda lascia peraltro aperte diverse criticità, portando anzitutto a domandarsi se la soluzione trovata sia da annoverare tra quelle «misure eccezionali strettamente proporzionali e correlate alle necessità connesse all’epidemia (evitare diffusioni del virus e tutelare le persone soccorse dal contagio)» o all’inverso si tratti di «una indebita compressione di diritti, che devono, se pur con modalità rapportate allo stato di emergenza sanitaria, essere garantiti»²⁸.

24. F. Scuto, *op. cit.*, p. 49. L’espressione è utilizzata dall’A. per definire quelle operazioni che vanno dai respingimenti in alto mare alla politica dei “porti chiusi” e ancora all’esternalizzazione della gestione dei flussi migratori, tutte ispirate alla volontà di impedire l’ingresso nel territorio dei cittadini stranieri.

25. *Ivi*, p. 50.

26. Corte EDU, sent. 23 febbraio 2012, ricorso nr. 27765/2009.

27. Tar Lazio - Roma, sez. III, decr., 22 aprile 2020, n. 3066.

28. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Diritti senza confini*, www.questionegiustizia.it, 21.3.2020.

Il nuovo assetto emergenziale rende in effetti necessario contemplare l'assenza dei requisiti utili alla classificazione di *place of safety* alla luce dei criteri di temporaneità e proporzionalità²⁹, già impiegati dalla Corte costituzionale per affrontare le specificità dei momenti di emergenza e crisi passati, senza però mai sospendere l'ordine costituzionale³⁰.

La pandemia ha riportato al centro della gestione del rischio l'importanza del principio precauzionale³¹, che offre uno spazio di discrezionalità agli Stati quanto alle opzioni del *risk management* per la tutela e la protezione sanitaria che deve necessariamente presupporre il rammentato principio di proporzionalità, sì da evitare che l'applicazione indiscriminata della cautela dia voce solo alle risultanze scientifiche, sacrificando oltremodo gli altri interessi coinvolti.

Sulla difficoltà di trovare l'ago della bilancia nell'emergenza in corso, c'è chi ha fatto del resto notare come «Il tempo *sia* stato tiranno nell'opera di conformazione del principio di precauzione con quello di proporzionalità a fronte del COVID-19 perché l'“emergenza” è arrivata prima della presa d'atto del “rischio”»³².

Come è noto, «ai fini del contenimento dell'epidemia, quasi tutte le libertà costituzionali sono state di fatto congelate, per garantire il diritto alla salute, in particolare alla salute collettiva»³³, facendo tornare così alla ribalta la necessità dell'operazione di bilanciamento tra i diritti, su cui di recente anche la sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale sul

29. Lo dice la Presidente della Corte costituzionale nell'intervista rilasciata al *Corriere della Sera*, titolata *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, in www.corriere.it, 29.4.2020; E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in federalismi.it, Editoriale, www.federalismi.it, n. 16/2020, 27.5.2020, ritiene a sua volta che il giudizio di *proporzionalità* in questa fase sia più sfuggente di quello di *temporaneità*, giacché il primo rischia di confondersi con il giudizio di merito, più strettamente politico e quindi poco utile a valutare se una misura sia legittima sotto il profilo della tenuta costituzionale. Il criterio di temporaneità è cioè stato offuscato dalla proporzionalità, quando invece è proprio il regime temporaneo delle misure che ne segna la costituzionalità, difficilmente valutabile a partire dal contenuto, con cui si può essere “solo” più o meno d'accordo.

30. Sul tema si veda la Relazione annuale su *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, del 28.4.2020, in www.cortecostituzionale.it, nella quale la Presidente ricorda che pur mancando in Costituzione una disciplina *ad hoc* sullo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese, «la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – offre [a offrire] a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare “per l'alto mare aperto” dell'emergenza e del dopoemergenza che ci attende» (p. 26).

31. Sull'ampliamento del raggio di applicazione del principio precauzionale oltre il diritto ambientale, si vedano la Comunicazione Com/2000/01 e la legge n. 15/2005, che lo ha riconosciuto tra i principi generali che informano l'amministrazione ordinamentale europea. In termini, A. Napolitano, *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *DE IUSTITIA*, www.deiustitia.it, 1, 2019, p. 64 ss.; in generale, R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2018.

32. T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del COVID-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in *BioLaw Journal*, rivista.biodiritto.org, No 1S (2020): *Special Issue*: 1/2020.

33. M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazione*, in *La Rivista GdP*, www.gruppodipisa.it, fasc. 1/2020, pp. 16-42 (spec. p. 25).

c.d. “caso Ilva” aveva ribadito un insegnamento irrinunciabile: tra principi e diritti fondamentali non vi è né gerarchia né pretesa di assolutezza dell’uno sull’altro.

«Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»³⁴, quest’ultimo non è ad ontologia immutabile, ma potrà essere a sua volta bilanciato quando le circostanze empiriche lo richiedano³⁵. A tale proposito, la successiva sentenza della Corte costituzionale (la n. 58/2018, tornata sul caso Ilva) offre un ulteriore esempio, giacché il legislatore è stato censurato per non aver ragionevolmente bilanciato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, non avendo tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori a fronte del rischio delle esigenze basilari della persona, innanzitutto per la loro stessa vita³⁶.

L’articolazione del principio di proporzionalità fatta propria dalla Corte di Lussemburgo, ma presente anche nell’attrezzatura ermeneutica di altre Corti sovranazionali, internazionali e corti costituzionali nazionali (europee e non) – ciascuna con le proprie peculiarità – è debitrice della nota teoria di Alexy³⁷ ed è oggi uno dei tratti caratterizzanti del costituzionalismo globale.

Il giurista tedesco, distinguendo come noto tra principi e diritti, elaborò per i primi appunto la tecnica dinamica del bilanciamento: essi esigono la loro applicazione nella massima misura possibile, tenuto conto delle possibilità di fatto e di diritto. Siffatta teoria svolge il suo ruolo principale rispetto ai diritti fondamentali, non concepiti nell’ordinamento come “comandi definitivi”, ma come “richieste o comandi di ottimizzazione”. Mentre i primi, o le regole, trovano la loro forma applicativa della sussunzione e nel “tutto o niente”, i secondi invece si applicano proprio in via di bilanciamento, tentando di ottimizzare tutti i valori dell’ordinamento.

34. *Considerato in diritto* n. 9 della sentenza del 9.4.2013, n. 85.

35. G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2/2014, pp. 541-556.

36. M. D’Amico, *op. e loc. cit.*, ricorda che anche dalla lettura combinata dei due precedenti è possibile ricavare che l’opera di bilanciamento debba sempre incontrare il limite della proporzionalità e della ragionevolezza, verificando la praticabilità di misure alternative che siano meno penalizzanti per gli altri diritti costituzionalmente protetti; dalla seconda sentenza si rimarca che la tutela del diritto alla salute, anche in un contesto emergenziale, deve essere attratta nel giudizio di bilanciamento con gli altri diritti.

37. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. ita. a cura di L. Di Carlo, Bologna, il Mulino, 2012; in termini, si vedano M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, 2013, in www.cortecostituzionale.it; G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AiC*, www.rivistaaic.it, n. 3/2017; A. Sardo, *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza Un’introduzione critica*, in *Revus [Online]*, www.journals.openedition.org, n. 22/2014.

Il *focus* sulla valutazione dell'impatto costituzionale dei provvedimenti emergenziali si è tuttavia quasi del tutto concentrato sul criterio della proporzionalità, offuscando quello della temporaneità, l'unica vera bussola in grado di orientare in realtà sull'evoluzione della pandemia e, a partire dalle risultanze scientifiche, di consentire di verificare «sotto il controllo democratico, che quelle misure sono *oggi* necessarie, nel senso di *razionali rispetto allo scopo*, mentre domani, quando quei dati – resi pubblici misurabili e fatti oggetto di confronto tra gli studiosi – saranno diversi, le stesse misure non si giustificheranno più»³⁸.

Non è quindi un esercizio sterile mettere alla prova dell'adeguatezza sotto i due profili indicati il decreto interministeriale del 7 aprile, per indagarne i profili di tenuta costituzionale.

Quanto alla verifica del *least-restrictive means* e del nesso di congruità, soppesando gli effetti in termini di benefici/sacrifici, sorge il dubbio che l'Esecutivo non abbia ben valutato la misura che richiedeva i minori sacrifici possibili: l'espansione della tenuta del sistema sanitario nazionale, da un lato e la compressione dei diritti alla vita, alla salute, all'asilo, al *non refoulement*, allo sbarco in un posto sicuro, dall'altro³⁹. Non bisogna poi tralasciare l'altro principio richiamato espressamente dalla linee guida della Commissione, quello di non discriminazione. Se ne paventa infatti una relativa al diritto alla salute in base alla nazionalità⁴⁰ di quegli stranieri che vengano tratti in salvo da una nave battente bandiera straniera, dimenticando che la salute è diritto fondamentale a dimensione universale (artt. 2, 32 e 38 Cost.), quindi riconosciuto anche ai naufraghi e che nella Costituzione italiana essa ha anche una precisa dimensione collettiva.

Sulla duplice dimensione⁴¹ dell'art. 32 Cost., non pare in questa sede superfluo partire dal dato definitorio: «Dal modo in cui l'art. 32, comma 1, Cost., è formulato si trae dunque un dato sufficientemente evidente: è la salute, non la salute individuale, ad essere protetta come interesse della collettività. Sicché saranno soltanto le ragioni legate alla salute

38. E. Grosso, *op. cit.*, p. VIII (corsivi testuali).

39. A. Algostino, *CoViD-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AiC*, www.osservatorioaic.it, fasc. 3/2020, 21.4.2020.

40. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti*, cit., «L'emergenza sanitaria non deve comportare un arroccamento nazionalista, essere l'occasione, una volta di più, per discriminare nella tutela dei diritti umani, rendendo mera retorica i diritti universali o tramutandoli in privilegi del cittadino, veicolando l'idea che alcuni siano "più meritevoli", "più umani", di altri». Muove una critica analoga, con toni più accesi, F. Pallante, *Divieto illegittimo, nella forma e nella sostanza*, ne *Il Manifesto*, www.ilmanifesto.it, 9.4.2020.

41. F. Niola, *Il paradigma della proporzionalità nel confronto tra obblighi vaccinali e l'app Immuni*, in *Stato di Diritto Emergenza Tecnologia*, a cura di G. De Minico - M. Villone, www.giurcost.org, luglio 2020, p. 171, la definisce un *unicum* nella Costituzione, poiché in nessuna altra norma costituzionale la polivalenza di un diritto è testualmente esplicitata negli stessi termini e con la medesima intensità di affermazione.

collettiva a poter abilitare un intervento limitativo delle libertà di salute del singolo»⁴². La *ratio* delle misure di contenimento sarebbe dunque ispirata alla necessità di comporre il delicato equilibrio, che impone di salvaguardare cumulativamente la salute del singolo e quella della collettività⁴³, ove il primo diritto non è tiranno dell'altro ed entrambi sono funzionali a proteggere il bene "salute". La Corte costituzionale con la sentenza n. 307/1990 – in materia di trattamenti sanitari obbligatori – affermava che «un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». Si tratta insomma di trovare una sintesi ragionevole tra la tutela della salute individuale del migrante a bordo delle navi e quella della collettività.

Né potrebbe esser sostenuto che il diritto alla salute del non cittadino sia meno "fondamentale" di quello del cittadino. Il legislatore italiano ha inteso sì condizionare l'erogabilità di cure mediche in base alla regolarità del soggiorno, ma riconoscendo anche agli irregolari presenti alla frontiera o comunque sul territorio il diritto a quelle essenziali (art. 2 d.lgs. 286/98), dovendo anche a loro essere garantite la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive e l'eventuale bonifica dei relativi focolai (art. 35, co. 3, lett. e d.lgs. 286/98)⁴⁴. La Corte costituzionale, nella sentenza 252/2001⁴⁵, individua un "nucleo irriducibile"⁴⁶, oltre il quale non è possibile spingersi nella compressione del diritto alla salute

42. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale: Lezioni*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 39; la studiosa precisa che la salute intesa come libertà di natura individuale potrà subire un contenimento solo per un interesse della medesima natura di portata collettiva, e non già in presenza di un generico pericolo per l'interesse pubblico.

43. A.A. Negroni, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, n. 2/2020, p. 774 ss. (spec. pp. 807 ss.) fornisce un chiarimento sul significato della nozione di "pericolo per la salute collettiva", peraltro non incontroverso.

44. Per una trattazione approfondita del tema si rinvia a C. Corsi, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, www.regione.emilia-romagna.it, n. 1/2019, p. 45 ss.; per la dimensione europea si vedano A. Albanese, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AiC*, www.rivistaaic.it, n. 4/2017; A. De Petris, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in orientamenti decentrati*, in *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*, a cura di F. Rimoli, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 147 ss.

45. «La legge prevede quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.; stante la lettera e la *ratio* delle disposizioni sopra riportate, a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall'art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio», (punto 4 della sentenza 252/2001).

46. Critica è la posizione di A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in questa *Rivista*, n. 2.2019, verso la tesi accreditata in dottrina e in giurisprudenza che distingue diritti riconosciuti a tutti e diritti riconosciuti ai non-cittadini solo nel loro "nucleo duro". Secondo l'A. non esiste un nucleo duro e una parte esterna al nucleo, duttile e flessibile dei diritti fondamentali. Questa distinzione teorica si presta a discriminazioni proprio a danno dei non cittadini ed entrerebbe in contraddizione con la stessa nozione di fondamentale. È in *re ipsa* che un diritto fondamentale non può subire un dimezzamento, se non a patto di perdere il suo connotato di "fondamentale". Il diverso regime di godimento dei diritti fondamentali, che si verifica a valle dell'operazione di bilanciamento con gli altri diritti, non

del non cittadino. Lo scrutinio di ragionevolezza dell'atto passa dunque anche attraverso un'attenta valutazione della "tollerabilità" del sacrificio imposto alla salute individuale dei migranti a bordo, nonché dell'efficacia contenitiva per la collettività.

Di fronte ad un decorso epidemiologico tanto mutevole, il bilanciamento così restrittivo operato a monte dal decreto interministeriale deve essere confrontato continuamente con l'esperienza concreta, per intercettare sul nascere eventuali cambiamenti della situazione di fatto e rimodularsi in senso espansivo in ordine ai molteplici diritti compressi dei naufraghi.

La nozione di "posto sicuro" è in *re ipsa* una qualificazione giuridica che va adoperata in modo flessibile⁴⁷. Il decreto si presenta monco, da questo punto di vista, avendo previsto all'art. 1 di non assicurare i requisiti richiesti dalla Convenzione di Amburgo per tutta la durata dell'emergenza sanitaria nazionale, attraverso una valutazione unilaterale ed astratta operata *ex ante* che non lascia spazio a successivi apprezzamenti che tengano conto del *trend* epidemiologico.

Distante dalla predeterminazione generale contenuta nel decreto interministeriale, «la Convenzione di Amburgo del 1979 prevede obblighi di cooperazione in buona fede al fine di individuare un posto sicuro con tempestività rispetto alle concrete circostanze di fatto, ovvero tenendo conto delle condizioni di *distress* dell'imbarcazione, delle condizioni meteomarine, della condizione personale dei naufraghi e di quanto altro ancora possa concretamente risultare rilevante»⁴⁸. La normativa *de qua* soffre peraltro di un approccio casistico che mal si concilia con l'automatismo del provvedimento in commento, del quale pare dubbia la legittimità sotto diversi profili.

Anzitutto la nozione di "sicurezza", cui si riferisce la definizione giuridica di "posto sicuro", è legata alle circostanze concrete in cui è avvenuto il soccorso e il rischio di naufragio. Il fine è quello di mettere al riparo i diritti fondamentali delle persone soccorse

è riconducibile allo *status civitatis* bensì al differente legame col territorio tra immigrati *ivi* presenti più stabilmente e migranti che presentano un legame temporaneo col territorio.

47. P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, Focus Osservatorio Emergenza Covid-19, www.federalismi.it, 20.5.2020, critica l'adozione della qualificazione unilaterale per tutta la durata dello stato di emergenza nazionale (per il momento prolungato al 15 ottobre 2020) che riguarda la situazione di tutti i porti italiani, in aperta contraddizione alla nozione flessibile nel tempo e nello spazio, secondo i canoni nel diritto internazionale, di "posto sicuro". L'A. ritiene, tuttavia, che le misure di sorveglianza sanitaria e di quarantena assicurate secondo quanto previsto dal decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 12 aprile 2020, possano costituire un ragionevole bilanciamento tra le inderogabili esigenze della salute di tutti e quelle altrettanto inderogabili della incolumità fisica individuale, di non subire trattamenti inumani e degradanti e di accedere al territorio italiano per poter presentare domanda d'asilo.

48. Questo ed altri rilievi critici sono stati evidenziati dal *Comunicato di Asgi chiede l'immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020. L'Italia è sempre vincolata all'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare*, www.asgi.it, del 15.4.2020.

piuttosto che il territorio nazionale⁴⁹. Nella prospettiva della sicurezza dei diritti si comprende, allora, come la Convenzione di Amburgo si raccordi *in primis* con l'art. 33.1 della Convenzione di Ginevra, ossia col divieto di respingere «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» e *in secundis* con il diritto d'asilo, che può esser domandato nel Paese che rappresenta “luogo sicuro” di approdo.

Il “divieto”⁵⁰ generico di sbarco crea un *vulnus* di fatto in ordine al diritto d'asilo e al divieto di *refoulement*. A tale proposito, è utile evidenziare che «qualora i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come richiedenti asilo, l'espressione *safety place* si colora di un ulteriore significato che, lungi dal limitarsi al riconoscimento della sola protezione fisica delle persone soccorse, configura il diritto allo sbarco in un luogo in cui sia altresì garantita la loro protezione internazionale, ovvero il diritto a richiedere e a vedersi riconosciuto un certo *status* legale (come quello di rifugiato), alle condizioni e secondo le procedure indicate dal diritto interno e sovranazionale»⁵¹.

Il diritto d'asilo è insomma estensione del principio di *non-refoulement*, nel cui contenuto vanno ricompresi tanto l'obbligo negativo di non respingere verso un territorio in cui la vita e la libertà di una persona possano essere minacciate, quanto in quello positivo di consentire l'accesso al territorio per la presentazione della domanda d'asilo. Consolidato è l'orientamento della giurisprudenza⁵², da ultimo riaffermato dalla sentenza 22917/2019⁵³ del Tribunale di Roma, che considera il diritto di accesso al territorio come parte integrante dell'art. 10 comma 3 della Costituzione; la possibilità di accesso a tale fine rappresenta la

49. M. Magri, *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti “delegati”: sui poteri del Ministro dell'Interno*, in *Istituzioni del federalismo*, www.regione.emilia-romagna.it, n. 1/2019, p. 149 ss. (spec. p. 156).

50. Il termine divieto è qui utilizzato in maniera impropria, nel decreto non è fatta menzione di nessun divieto di approdo nei porti italiani, esso si riferisce unicamente ai requisiti di “luogo sicuro” in base alla Convenzione di Amburgo. Cfr. in tal senso P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus*, cit., p. 10.

51. C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 191.

52. Corte cass., sez. I, sent. 25028/2005, «non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto e anzitutto come il diritto dello straniero di accedervi al fine di esservi ammesso alla procedura di esame della domanda di protezione».

53. La sentenza ha ad oggetto il diritto di accesso sul territorio italiano per formalizzare la domanda di asilo e il diritto al risarcimento del danno ad un gruppo di 14 cittadini eritrei che il 27 giugno 2009 erano stati intercettati e soccorsi in alto mare dalla Marina militare italiana e poi respinti collettivamente verso la Libia, Paese dal quale erano in fuga verso l'Italia per chiedere asilo. Per un commento alla sentenza si legga M. Giuffré, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, fasc. 1/2020. L'A. evidenzia il potenziale impatto della sentenza, oltre sulle recenti politiche di esternalizzazione delle frontiere, anche sui migranti soccorsi in mare e costretti ad attendere a bordo, per diversi giorni, in condizioni inumane e degradanti prima di ricevere un'autorizzazione allo sbarco.

precondizione ineludibile⁵⁴ per la presentazione della domanda d’asilo e le garanzie nazionali e UE previste.

Nella citata decisione di merito, l’autorità giudicante osserva che le disposizioni in materia di protezione internazionale possono trovare applicazione solo laddove siano concretamente attuabili ed effettivamente configurabili i presupposti. Tra essi figura quello della presenza sul territorio⁵⁵ (art. 6, co. 1 d.lgs. 25/08), la cui assenza, anche se per ragioni non riconducibili alla sfera di dominio del richiedente, alla sua condotta o volontà e, anzi, imputabili a un illecito compiuto dall’autorità, determina l’impossibile applicazione della normativa, lasciando irragionevolmente prive di tutela situazioni di diritto pieno e perfetto. Vero è che il Tribunale di Roma, con la nota sentenza sul caso del leader curdo *Öcalan* ha riconosciuto il diritto di asilo costituzionale a una persona che non si trovava più in Italia, chiarendo così definitivamente che la nozione di “territorio” contenuta nell’art. 10, comma 3, Cost., non presuppone la presenza nel territorio italiano del richiedente come condizione di legittimità della domanda. Tuttavia qui si discute dell’accesso al territorio nazionale come condizione di *effettiva* possibilità di presentare domanda d’asilo, finalizzata a consentire i successivi accertamenti sullo *status* di rifugiato, e che invece le politiche dei “porti chiusi” tendono ad aggirare e comprimere⁵⁶.

Per quel che concerne il profilo strettamente emergenziale, la *ragionevolezza delle ragioni* indicate nel decreto palesa ulteriori perplessità, quali la presunzione di una eventuale eccessiva pressione sul SSN e sulle forze di polizia, tale da non garantire condizioni di sicurezza per la vita, le necessità primarie e l’accesso ai servizi fondamentali delle persone soccorse – a fronte di un numero ridotto di persone approdate nei primi mesi della pandemia – e la parametrizzazione dei requisiti di *insicurezza* a criteri estranei alla presenza paventata del virus e di allocazione delle risorse sanitarie – quali il luogo in cui è avvenuto soccorso e la bandiera dell’unità navale⁵⁷. Si tratta di profili che entrambi mal si conciliano con la definizione di *safety place* della Convenzione SAR e che producono *insicurezza* dei diritti,

54. Anche questa espressione è mutuata da F. Scuto, *op. cit.*, p. 51.

55. È d’uopo precisare che con l’espressione «territorio della Repubblica» contenuta nell’art. 10, co. 3 Cost. si riferisce al luogo in cui lo straniero potrà effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non ad un requisito che deve sussistere per la presentazione della domanda. M. Benvenuti, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, fasc. 2/2018, rileva che «Al contempo, il “territorio della Repubblica” costituisce un elemento teleologico essenziale dell’art. 10, co. 3, Cost. e, di conseguenza, i pubblici poteri non solo non possono ostacolarne il raggiungimento, ma sono tenuti ad adoperarsi, in tutte le sedi opportune (politiche, diplomatiche, internazionali ecc.) e con le modalità di volta in volta più efficaci, per far sì che uno straniero impedito nell’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana possa raggiungerlo».

56. F. Scuto, *op. cit.*, p. 56 ss.

57. *Asgi chiede l’immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020*, cit., p. 3; sul punto vedi anche A.M. Pelliconi - M. Goldoni, *op. cit.*, p. 222, che definiscono le motivazioni addotte nel decreto, in alcuni passaggi, “contro-intuitive”.

perdipiù perseguita in via amministrativa. Non possono infine essere trascurate le parole inconferenti del Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti, che – nel rispondere all’interpellanza urgente presentata alla Camera dei deputati il 15 aprile 2020 – ha evocato tra le ragioni del decreto il «richiamo alla responsabilità dello Stato di bandiera dell’unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione previsto dalla convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l’Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi»⁵⁸.

Quanto al principio di *temporaneità*, esso è stato completamente trascurato. È utile a questo punto una breve ricognizione della Convenzione di Amburgo e delle Linee Guida approvate dall’International Maritime Organization (Imo) con la Risoluzione Msc.167(78) del 20 maggio 2004, che impongono agli Stati specifici obblighi⁵⁹ in materia di ricerca e salvataggio nella zona SAR di appartenenza e quando sia necessario anche al di fuori di essa. In estrema sintesi, lo Stato che abbia coordinato l’operazione di soccorso deve poi assicurarsi che il comandante della nave approdi nel “posto sicuro” più vicino, luogo che va identificato «tenuto conto delle particolari circostanze del caso»⁶⁰. È evidente che ogni manovra di *search and rescue* sfugge a valutazioni aprioristiche di così lungo termine, giacché ognuna di esse risponde alle specificità del caso concreto fermo restando il diritto di

58. F.P. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, www.giurisprudenzapenale.com, 2020, 4, p. 31, solleva dubbi legati allo strumento giuridico (fonte di natura secondaria) prescelto per derogare agli obblighi giuridici vigenti ai sensi degli artt. 10, e 117 Cost.; all’impossibilità di assegnare un POS per tutta la durata dell’emergenza; alla sospensione dei criteri per l’assegnazione del POS rivolta unicamente alle navi straniere e ai salvataggi operati al di fuori della zona SAR italiana. Non da ultimo, l’A. critica le motivazioni espresse dal Sottosegretario nel testo citato, rispetto al maggiore coinvolgimento e alla responsabilizzazione dello Stato di bandiera, che sembrano richiamare le posizioni del precedente Ministro dell’Interno *pro tempore*, sulle esigenze di condivisione delle tematiche connesse alla gestione dei flussi migratori e in ordine all’accusa alle unità navali delle ONG di essere *pull-factor* dell’immigrazione.

59. Per una analisi più approfondita si rinvia *ex plurimis* a I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista*, n. 3.2017 e a F. Vassallo Paleologo, *Obblighi di ricerca e soccorso in mare imposti dal diritto internazionale e accordi con gli stati di transito*, in www.a-dif.org, 8 novembre 2019. È utile riportare quali siano gli obblighi derivanti dal punto 3.1.9 della Convenzione di Amburgo del 1979, come emendato nel 2004: «la Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall’Organizzazione marittima internazionale (Imo). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile». Tale obbligo ricorre anche nel caso in cui le attività di ricerca e soccorso debbano essere svolte al di fuori della zona SAR di competenza, laddove l’autorità dello Stato che sarebbe, invece, competente in base alla delimitazione convenzionale delle zone SAR non intervenga, o non risponda entro un tempo ragionevole»; di veda ancora I. Papanicolopulu - G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 24 ss.

60. Risoluzione MSC.167(78), 20.5.2004, par. 6.15.

ogni Stato di impedire l'ingresso sul proprio territorio in virtù della sovranità che vi esercita da contemperare al divieto di respingimento⁶¹.

Il pericolo «che all'uscita dall'emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose»⁶², spinge verso una verifica più impegnativa dei presupposti e delle garanzie alle limitazioni imposte⁶³.

At last but not least, non bisogna dimenticare che la crisi pandemica non ha messo a tacere i cosiddetti *push and pull factors* dei movimenti di immigrazione. Come ha ricordato l'Alto Commissario ONU per i Rifugiati, nella Dichiarazione in merito alla crisi del Covid-19, (Ginevra, 19 marzo 2020) «Guerre e persecuzioni non sono cessate, e oggi, nel mondo, vi sono persone che continuano a fuggire dalle proprie case alla ricerca di un luogo sicuro», sicché forte è la preoccupazione per la decisione di chiusura delle frontiere e dei suoi effetti verso quelle persone che «oggi, come mai prima, hanno bisogno – come tutti noi – di solidarietà e compassione», oltre che dell'accesso alla procedura per il riconoscimento del diritto all'asilo⁶⁴.

Le frontiere nazionali sono insieme anche quelle continentali e le ragioni che hanno spinto l'Italia ad una così drastica chiusura verso i naufraghi mettono in luce una debolezza sistemica che anche altri Paesi frontalieri, come Grecia e Spagna, avevano da tempo sollevato e che la crisi pandemica ha solo reso più evidente: l'assenza di una percezione adeguata della dimensione sociale e della solidarietà istituzionale non solo tra Stati membri,

61. I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governativa*, cit., evidenzia come l'applicazione dei due principi dia vita alla situazione paradossale per cui le persone salvate non possono essere riportate nel porto di partenza se ciò integra divieto di respingimento, così come ogni Stato può rifiutare lo sbarco della nave soccorritrice nel proprio territorio. Le modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS nel 2004 non hanno sciolto i nodi principali, esse infatti «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» (*ivi*, p. 19).

62. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.org, 11.4.2020, p. 26; S. Furfaro, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, www.archiviopenale.it, n. 1/2020; G. Preterossi, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico?*, in *Sinistrainrete*, www.sinistrainrete.info, 6.5.2020.

63. Nel momento in cui si licenzia il lavoro è entrato in vigore il d.l. n. 33/2020 che proroga l'emergenza nazionale al 15 ottobre p.v.

64. M. Consito, *Per tornare a parlare di Green New Deal, tra diritto di asilo e solidarietà*, in *ADiM BLOG, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, marzo 2020. L'A. si sofferma sul tema dei migranti ambientali che nell'attuale assetto ordinamentale di assenza di una definizione normativa di rifugiato ambientale e nella contingenza pandemica si troverebbero esposti più di altri migranti al rischio di non poter ricevere asilo o accoglienza. A chiusura della sua riflessione riprende quanto già espresso in più decisioni dalla Corte EDU in materia di diritto alla sicurezza (art. 5 CEDU), sul quale si misura la forza della democrazia di non cedere al pericolo incombente dei trattamenti disumani, «dimostrando così la forza della legalità».

ma anche tra UE e Stati. La dottrina⁶⁵ ha da tempo sottolineato la debolezza delle competenze dell'Unione in materia sanitaria e il fatto che una dimensione di un *welfare* europeo darebbe nuova pregnanza all'art. 80 del TFUE, alleggerendo il carico della sostenibilità dei sistemi di *welfare* dei Paesi alle porte dell'Europa.

Il Parlamento europeo a chiare lettere ha definito dal suo canto la pandemia un momento di verità per l'Unione europea, che ne determinerà il suo stesso futuro⁶⁶ su crisi economica, crisi migratoria, Brexit e derive illiberali di alcuni Paesi Membri. Il bivio di fronte al quale si trova l'Unione e la centralità che si auspica sia assunta da un suo slancio solidaristico è stato efficacemente riassunto nell'espressione *the principle of solidarity as a persistent 'make-it or break-it' challenge for the EU*⁶⁷.

La complessità del rapporto tra confini statali, mobilità internazionale e carattere "a-territoriale" del virus ha mostrato da un lato un rinnovato protagonismo statale, ma dall'altro lato la necessità di un coordinamento globale al fine del progresso medico-scientifico-tecnologico e per lo sviluppo della politica e dell'economia. La storia geopolitica delle epidemie insegna che nelle emergenze sanitarie si palesano in effetti le fobie più profonde: «in queste fasi il popolo chiede rassicurazioni, la politica le trova nelle accuse infondate verso l'altro, cioè lo straniero»⁶⁸. Non è forse un caso che il Presidente Trump abbia più volte, pubblicamente, scambiato in modo deliberato la parola *coronaviurs* con *Chinese Virus*⁶⁹. Sono dunque maturi i tempi perché non solo la comunità scientifica, ma anche quella politica, abbandonino l'anacronistica via degli arroccamenti nazionalisti e delle risposte solitarie al problema⁷⁰.

65. A. Albanese, *op. cit.*; A. Petretto - C.F. Guidi, *Cura della salute e immigrazione: un'analisi comparata sotto il profilo economico finanziario*, in *Rivista AiC*, www.rivistaaic.it, n. 4/2017, p. 1 ss.; R. Tarchi, *I sistemi sanitari europei alla prova dell'immigrazione. Riflessioni a margine di un convegno fiorentino*, *ivi*, n. 4/2018, p. 154 ss.

66. Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), lett. L.

67. Espressione ripresa dal titolo del contributo di L. Marin - G. Romeo, *The implementation of the principle of solidarity as a persistent 'make-it or break-it' challenge for the EU*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, febbraio 2020; le autrici, nell'analizzare i risultati del recente vertice di Malta del 23 settembre 2019 sulla gestione condivisa degli sbarchi nel Mediterraneo, propongono la strada di un approccio transazionale o di tipo federale in ordine alle competenze da mettere in campo circa le migrazioni di massa.

68. G. Terranova, *La geopolitica del coronavirus tra isolamento nazionalista e solidarietà globale*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, marzo 2020, p. 2.

69. Donald Trump's 'Chinese virus': the politics of naming, nel sito theconversation.com.

70. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti*, *cit.*

2.1. (segue) *Una prima analisi di compatibilità dell'uso delle navi quarantena col quadro costituzionale e convenzionale*

La vicenda delle cc.dd. “navi quarantena” è meritevole di un ulteriore approfondimento, rispetto a quanto già detto, con riferimento a quella parte dell’art. 1 del decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287 che recita: «Con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il “Place of Safety” (luogo sicuro), il Soggetto attuatore, nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, può utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria».

Una precisa indicazione di cosa debba intendersi per “luogo sicuro” proviene altresì dagli emendamenti (adottati nel 2004 ed entrati in vigore nel 2006) alla Convenzione SAR 1979 e alla Convenzione SOLAS del 1974 e con le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare⁷¹. Esso «è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12)⁷².

Il diritto al luogo sicuro non si esaurisce né con l’operazione di salvataggio, né con la ricerca del porto più vicino, ma esso deve garantire la effettiva sicurezza delle persone⁷³. Quando poi tra le persone soccorse vi siano potenziali richiedenti asilo, come già accennato, la nozione si riferisce anche alla effettiva possibilità di presentare la domanda d’asilo⁷⁴.

Il ricorso all’utilizzo delle navi quarantena può essere apparentemente considerato come un sacrificio equo e temporaneo per i migranti soccorsi, perfettamente in linea coi sacrifici imposti ai cittadini. Non è tuttavia di scarso rilievo costituzionale e convenzionale (il riferimento è alla CEDU) capire se sull’altare della “minaccia per la salute pubblica” si stia verificando un *vulnus* al diritto di circolazione, o alla libertà personale dei migranti.

Strumento di analisi sarà qui la giurisprudenza, tramite la cui ricognizione si evidenzieranno potenziali profili di illegittimità, insieme alla lettura del paragrafo 6.13 delle Linee guida dell’IMO, ove si afferma che «Sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative».

71. Ris. MSC.167-78 del 2004.

72. F. Vassallo Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell’ordinamento interno*, in *Questione Giustizia – L’ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*, www.questionegiustizia.it, fasc. 2/2018.

73. C. Di Stasio, *Crisi migratoria e “porti chiusi”: ancora un vulnus ai diritti umani dei migranti*, in *dirittifondamentali.it*, www.dirittifondamentali.it, fasc. 2/2019, p. 13.

74. *Ivi*, p. 18.

I casi *Cap Anamur* e *Sea Watch 3* sono utili per individuare i contorni di un diritto su cui la Convenzione SAR e le Linee guida dell'IMO lasciano ambiguità, ossia quello di trovare il luogo sicuro sulla terraferma.

Con la sentenza di assoluzione del Tribunale di Agrigento del 7.10.2009 sul caso *Cap Anamur*⁷⁵, i giudici di merito chiarivano che la nave soccorritrice costituisce un luogo di ricevimento dei naufraghi di natura *temporanea* e che spetta allo Stato costiero farsi carico delle persone soccorse, cui deve esser garantito (si legge ivi) «il diritto universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma», sollevando così la nave soccorritrice «dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi non appena possono essere intraprese soluzioni alternative». Il Tribunale, dopo una puntuale disamina degli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare ed immigrazione, ha concluso che esiste un «dovere giuridico di sbarcare i naufraghi (...) a prescindere dalle loro condizioni di salute».

Più recentemente, un ulteriore tassello nel mosaico della nozione di “posto sicuro” e della relativa incompatibilità della nozione con l'idea che possa trattarsi di un “posto galleggiante”, è stato aggiunto nel noto caso di Carola Rackete, la comandante della *Sea Watch* (c.d. caso *Sea Watch 3*), con la sentenza della Corte di cassazione⁷⁶, intervenuta proprio in concomitanza con lo scoppio dell'epidemia in Italia, che ha rigettato il ricorso della Procura di Agrigento avverso l'ordinanza del GIP presso il medesimo Tribunale, confermando così la decisione di non convalidare l'arresto in flagranza.

Più precisamente, la Procura solleva una questione dirimente: l'asserita (a suo avviso) confusione, da parte del giudice, tra le nozioni di *porto* e *posto sicuro* avrebbe condotto all'errata conseguenza di ritenere che il *place of safety* debba necessariamente coincidere con la terraferma. Essa sostiene in proposito che invece «la normativa sovranazionale non sembra fare stretto riferimento ad un “porto sicuro”, bensì al diverso concetto di “posto sicuro”, non ravvisandosi in tale concetto un sicuro e inequivocabile significato di “terra ferma”... Sembrerebbe ... che per l'individuazione di un “*place of safety*” non debba necessariamente farsi riferimento alla terra ferma, ma possa anche alternativamente identificarsi come tale un luogo ove sia assicurata l'assistenza primaria e la sicurezza temporanea fino alla conduzione dei naufraghi nel luogo di definitivo sbarco».

La Corte di cassazione, respinto il motivo di gravame, ha evidenziato il legame tra l'obbligo giuridico di soccorso in mare e la conclusione dell'operazione sul POS, ritenendo

75. Per un commento alla sentenza si rinvia a F. Vassallo Paleologo, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?*, sul blog ADIF, www.adif.org, 19.3.2018.

76. Corte di cassazione, sez. III penale, sentenza 16 gennaio - 20 febbraio 2020, n. 6626, sugli aspetti più squisitamente penalistici e processual-penalistici della pronuncia si rinvia alla sezione *Confronto di idee su giustizia su giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Arch. Pen.*, www.archiviopenale.it, fascicolo n. 1 – gennaio-aprile 2020 e al commento di L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 26.2.2020.

che il primo non possa considerarsi assolto con il recupero a bordo della nave. L'obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione SAR di Amburgo, non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta quello accessorio e conseguente di sbarcarli in un *luogo* sicuro, giungendo così alla conclusione che «Non può quindi essere qualificato “luogo sicuro”, per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi metereologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse»⁷⁷.

Il dovere di soccorso non si limita all'attività di salvataggio dei naufraghi, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, come precisa la Corte, operazione che del resto non può certo svolgersi su una nave. La Corte richiama a tal proposito la risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa, che in via esegetica contribuisce a delineare la nozione di “luogo sicuro”, nel senso che essa «non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone, ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali».

All'indomani della pronuncia, un autorevole studioso ha sottolineato il forte legame evidenziato dalla Corte, ossia la relazione tra il salvataggio e l'esigenza di assicurare, assieme allo stesso, l'esercizio del diritto d'asilo costituzionalmente riconosciuto: «Siamo dunque dentro una gabbia di tutele costituzionali che nessuna legge, regolamento, circolare o *tweet* ministeriale può derogare»⁷⁸.

Alla luce del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte ci si chiede quali ne siano gli effetti, diretti o indiretti, sulle legislazione d'emergenza CoViD-19⁷⁹ e, più precisamente,

77. È peraltro utile segnalare che sull'interpretazione data dalla Corte c'è chi ha fatto rilevare che in realtà essa abbia eluso e non risolto il quesito sollevato dalla Procura di Agrigento; si veda al proposito E. Mezzasalma, *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, www.giurisprudenzapenale.com, 2020, 4. Secondo l'A., la tesi dell'obbligo accessorio di sbarco gravante sui comandanti è stata soltanto un *escamotage* interpretativo per “risolvere” il caso concreto senza però affrontare la questione giuridica fondamentale, ossia aver posto l'accento sull'obbligo di sbarco in capo ai comandanti delle navi è stato un modo per non parlare di obbligo di sbarco in capo agli Stati costieri. L'A. motiva così la sua tesi: «Che la questione sia stata sostanzialmente elusa lo si evince con sicurezza dal fatto che scorrendo il testo della decisione della Corte ci si rende subito conto, con una certa sorpresa, che l'art. 11, co. 1-ter, d.lgs. 1998, n. 286, e lo strumento interdittivo in esso previsto, non è nominato nemmeno una volta. Eppure, non c'è dubbio che per dirimere tale questione il nodo da sciogliere è quello relativo al generale potere di interdizione del mare territoriale che l'art. 25 UNCLOS riserva agli Stati costieri. È chiaro, infatti, che se l'esercizio di tale potere è legittimo allora non vi è per lo Stato costiero alcun obbligo di sbarco e, all'opposto, se tale esercizio è illegittimo allora l'obbligo in questione sussiste certamente» (*ivi*, p. 13). In senso contrario si rinvia a S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998). I diritti fondamentali dei migranti soccorsi in mare e il correlativo quadro dei doveri delle autorità statuali alla luce dei precedenti delle Corti sovranazionali. Qual è l'incidenza del cd. decreto sicurezza-bis? Il caso Sea Watch e la discussa questione dell'adempimento di un dovere*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 29.7.2019.

78. R. Bin, *Il “caso Rackete”: una sentenza importante della Cassazione*, in laCostituzione.info, www.lacostituzione.info, 1.3.2020.

79. Si veda F.P. Modugno, *op. cit.*

sulla predisposizione di imbarcazioni nei porti italiani per realizzare la sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi.

C'è chi ha fatto notare la ragionevolezza delle «(minime) deviazioni dagli *standard* di tutela e gestione dei soccorsi in mare, tese a contemperare anche le esigenze sanitarie e amministrative legate all'emergenza ed estese sul territorio nazionale»⁸⁰. Esse risulterebbero solo apparentemente in conflitto con gli obblighi di diritto internazionale, perché frutto dell'opera di bilanciamento, secondo il parametro di stretta necessità, con le analoghe misure di carattere generale limitative di alcune libertà fondamentali (non da ultimo, la libertà personale e la libertà di circolazione) adottate dal governo per il contenimento dell'epidemia su tutto il territorio nazionale.

Quest'equiparazione tra le pesanti limitazioni imposte ai cittadini con quelle dei migranti per i quali non sia individuabile un POS non può trascurare il piano delle condizioni materiali di estremo disfavore che segna la sorveglianza sanitaria sulle navi quarantena. A fronte di un'applicazione statica e indifferenziata delle misure di confinamento, le condizioni di fatto in cui si è consumata la quarantena sulle navi non possono essere *sic et simpliciter* tralasciate e tanto meno enfatizzate, essendo la presa d'atto delle diseguaglianze derivanti dal diritto emergenziale un'operazione necessaria alla rimozione degli squilibri *di fatto* esistenti (e moltiplicati) e dell'instaurazione (da evitare) di pericolosi precedenti in materia di primo soccorso e accoglienza.

Altrettanto urgente è la questione della verifica della misura della sorveglianza sanitaria sulle c.d. navi quarantena, all'interno del più complesso quadro delle disposizioni costituzionali e convenzionali relative alla libertà di circolazione (art. 16 Cost. e art. 2 Prot. 4 CEDU) e alla libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU)⁸¹.

Quanto alla prima libertà indicata, l'espresso richiamo alla tutela della salute pubblica appare ragione giustificatrice delle sue limitazioni; circa il rispetto della libertà personale, entrambe le Carte individuano nelle riserve di legge e di giurisdizione le garanzie necessarie avverso la detenzione arbitraria; in più l'art. 5, co. 1 CEDU individua alla lett. e) anche la necessità di prevenzione della propagazione di una malattia contagiosa, cui fa da

80. F.P. Modugno, *op. cit.*, pp. 28-33 (spec. p. 28). Secondo l'A. le criticità emerse dal decreto del 7 aprile 2020 (vedi nota 47) sarebbero superabili attraverso l'eliminazione del medesimo, mantenendo in vita unicamente il decreto della protezione civile.

81. Scrive a proposito G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 2.4.2020, che gli strumenti offerti dalle due Carte e dalla relativa giurisprudenza costituiscono indispensabile strumento di verifica delle seguenti garanzie: «previsione per legge, disciplina di presupposti e modalità, ragionevolezza (idoneità rispetto allo scopo), necessità (assenza di alternative che non compromettano quelle libertà, ovvero inefficacia, rispetto allo scopo, di misure che comportano un minor grado di compromissione delle libertà stesse), proporzionalità, temporaneità, possibilità di un ricorso giurisdizionale (artt. 24, co. 1 Cost e art. 13 CEDU) e, quando sia coinvolta la libertà personale, previsione della convalida da parte dell'autorità giudiziaria delle misure adottate in via d'urgenza (art. 13 Cost.)».

contrappeso la garanzia del ricorso a un Tribunale, affinché sia decisa entro breve termine la legittimità o meno della detenzione (art. 5, co. 4).

Le indicazioni provenienti dagli *obiter dicta* della Corte costituzionale e della Corte EDU, contenute rispettivamente nella sentenza n. 105 del 2001 e nella pronuncia sul caso *Khlaifia e altri c. Italia*⁸² del 2016⁸³ (e ancor prima nel caso *Amuur v. France*⁸⁴), chiariscono il *discrimen* tra limitazione alla circolazione e alla libertà personale.

Secondo l'orientamento della Corte EDU, tra misura restrittiva della libertà personale piuttosto che contenitiva della libertà di circolazione, entrambe soggette all'articolo 2 del Protocollo n. 4, vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza: «Per stabilire se una persona sia stata privata della libertà, occorre partire dalla situazione concreta e prendere in considerazione una serie di criteri specifici al suo caso particolare come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata (*Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, e *Stanev c. Bulgaria* [GC], n. 36760/06, § 115, CEDU 2012)» (par. 64).

La Corte di Strasburgo preferisce un criterio di natura “quantitativa” rispetto a uno di natura “qualitativa”⁸⁵, collegando la *durata* lunga e le *modalità* rigide (es. alla possibilità di comunicare con l'esterno o di allontanarsi) alla restrizione della libertà personale e viceversa durata ridotta e modalità *soft* alla limitazione della libertà di circolazione.

Secondo il giudizio espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001, la restrizione della libertà personale è caratterizzata da «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che

82. Corte EDU [GC], sent. 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12; per un commento alla stessa cfr. *ex plurimis*: P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 1/2017, pp. 176-80; A. Muccione, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio AiC*, www.osservatorioaic.it, n. 3/2017; F. Cancellaro, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 11.1.2017; A. Giliberto, *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org, 23.12.2016; M. Savino, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del “due process” dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3.2015, p. 50 ss.

83. C. Siccardi, *Migrazioni e confini: le sfide del costituzionalismo moderno*, tesi di dottorato, reperibile online al link <https://air.unimi.it/handle/2434/614456#.XyMpUCgzZPY>.

84. Corte EDU, sent. 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92. La sentenza è di particolare rilievo, perché per la prima volta la Corte afferma che il confinamento nelle zone di transito non costituisce semplicemente un limite alla libertà di circolazione, bensì è anche una restrizione della libertà personale, a nulla rilevando (come in passato essa aveva sostenuto) che i richiedenti asilo possano lasciare volontariamente il Paese in cui desiderano rifugiarsi facendo venir meno la limitazione in atto. Specifica la Corte che la possibilità di trasferirsi altrove diventa solo teorica se nessun altro Paese che offre protezione paragonabile a quella che si aspettano di trovare nel Paese in cui chiedono asilo è propenso o disposto ad accoglierli (par. 48).

85. Sul punto si veda R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 38 ss. (spec. p. 52), l'A, nota che sulla base del criterio quantitativo adottato dalla Corte EDU, un trattenimento “breve” (ragionevolmente della durata di minuti o di ore), con limitata libertà di movimento, facoltà di comunicare con l'esterno e assistenza sociale e legale, inciderà sulla “sola” libertà di movimento.

è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (punto 4 dei *Considerato in diritto*). A nulla rileva né che il legislatore abbia avuto cura di evitare l'utilizzo sul piano terminologico istituti affini al diritto penale, né che il trattenimento non sia disgiunto da una finalità di assistenza. I parametri di cui si servì la Corte per giungere alla conclusione che negli allora CPTA gli stranieri erano *di fatto* trattenuti furono dedotti dalla previsione nell'art. 14, co. 7 d.lgs. 286/98 dei poteri attribuiti al questore, che, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal Centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata.

Pur muovendo da criteri differenti, entrambe le sentenze (e la ulteriore giurisprudenza richiamata) concordano sulla irrinunciabilità delle garanzie fondamentali dell'*habeas corpus*, del principio generale della certezza del diritto e sulla necessità di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà di una detenzione *de facto*.

La Corte EDU, a proposito del caso *Khlaifia*, ha ricordato come «(l') ambiguità legislativa ha dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà *de facto*, in quanto il trattenimento in un CSPA sfugge al controllo dell'autorità giudiziaria, il che, anche nell'ambito di una crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell'articolo 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria» (par. 106). Specularmente la Corte costituzionale: «Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

Applicare l'uno o l'altro criterio condurrebbe nel caso di specie ad esiti differenti: la prevalenza dello *standard* costituzionale interno non ammetterebbe forme di trattenimento che non incidono sulla libertà personale, viceversa l'applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, pur in presenza di una durata lunga della misura (la sorveglianza sanitaria ha una durata minima di quindici giorni), combinata con modalità non rigide dello stessa, degraderebbe il trattenimento in un confinamento. In riferimento ai criteri elaborati dalla Corte sovranazionale è utile allora ricordare le parole dell'autorevole dottrina appena richiamata: «La premessa sarebbe che la restrizione della libertà di circolazione sembra implicare un *non facere*, più che un *patis*; essa pare incidere sul rapporto tra l'individuo e un luogo o un territorio (cui è inibito l'accesso), più che sulla libertà fisica (o morale) dell'individuo», onde, sulla base di questi assunti, si potrebbe affermare che allo straniero

trattenuto sul territorio nazionale «viene imposto un *patis*», di contro allo straniero fermato ai valichi di frontiera e ivi confinato «viene imposto soprattutto un *non facere*»⁸⁶.

A proposito di durata breve del trattenimento e zone di transito, deve esser segnalata anche la recente sentenza della Gran Camera della Corte EDU nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*⁸⁷, a proposito del trattenimento dei richiedenti asilo nella zona di transito ungherese di Rösztke, al confine con la Serbia. La Corte, discostandosi dalla precedente decisione della IV sezione sul medesimo caso, afferma che all'interno della zona di transito in questione i ricorrenti non si trovassero in una situazione di detenzione *de facto* contraria all'art. 5 della Carta. La corretta qualificazione giuridica nella zona d'attesa, nel caso di specie, non è di "trattenimento", bensì di "permanenza" («da notare la terminologia usata dalle parti: "confinement" per i ricorrenti, "accommodation" per il Governo, un più neutrale "stay" per la Corte»⁸⁸).

Nel tracciare la distinzione tra una restrizione alla libertà di circolazione e la privazione della libertà della situazione dei richiedenti asilo, la decisione precisa che è necessario adottare un approccio pratico e realistico, che tiene conto delle condizioni e delle sfide odierne.

I fattori "realistici" presi in considerazione, che hanno spinto la Gran Camera a ribaltare la precedente sentenza e a "demistificare" i suoi precedenti, relativi a forme di privazione di libertà personale in zone di transito e i Centri di accoglienza (tra i tanti si citano i casi *Amuur c. Francia*; *Khlaifia e altri c. Italia*; *J.R. e altri c. Grecia*; *Kaak e altri c. Grecia*), fanno riferimento al potere dello Stato di essere sovrano nei propri confini, stabilendo quali siano i requisiti necessari per poterli varcare; alla forte crisi migratoria che ha posto l'Ungheria nella situazione di dover adottare celeri soluzioni per far fronte alla pressione significativa

86. *Ivi*, p. 60. Si ricorda che l'A. qui si riferisce all'istituto del respingimento alla frontiera (art. 10 TU), ipotizzando che il legislatore voglia intervenire ad introdurre il potere della polizia di frontiera di trattenere lo straniero nei locali della stessa o nella zona di transito.

87. Corte EDU [GC], sent. 21 novembre 2019, ricorso n. 47287/15. Gli argomenti utilizzati dalla Gran Camera possono essere così sintetizzati: 1) i ricorrenti si sono recati volontariamente nella zona di transito ungherese, attraversando la Serbia Paese di primo arrivo e nel quale non erano in pericolo la loro vita e la loro incolumità (par. 221-23); 2) la permanenza a Rösztke rientra nel regime giuridico adottato dal Paese nell'attesa dell'espletamento delle verifiche necessarie a stabilire se il richiedente possa essere autorizzato all'ingresso (par. 224); 3) la durata della misura, di 23 giorni è stata considerata pertinente rispetto all'espletamento della domanda d'asilo, termine tanto più ragionevole tenuto conto della crisi migratoria in corso lungo quel confine; 4) la significativa restrizione alla libertà di circolazione non ha limitato la libertà dei ricorrenti inutilmente o in una misura o in un modo estraneo all'esame delle loro domande di asilo. Infine, l'argomento principale è quello secondo il quale i ricorrenti avevano la concreta possibilità di lasciare la zona di transito in qualsiasi momento per rientrare in Serbia (par. 236-41).

Per commenti alla sentenza si rinvia a S. Penasa, *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 1, 2020; F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, www.adimblog.com, gennaio 2020.

88. F.L. Gatta, *op. cit.*, p. 2.

lungo confine con la Serbia; alla durata ragionevole della restrizione della libertà nella zona di attesa; e, infine, soprattutto alla peculiarità della frontiera terrestre, che consentirebbe al migrante di riappropriarsi della propria libertà in qualsiasi momento.

Mentre nel caso *Amuur* la zona di attesa aeroportuale non consentiva ai ricorrenti, né in teoria, né in pratica, di lasciare la zona dell'aeroporto senza autorizzazione, a bordo di un aereo e senza garanzie diplomatiche circa la loro unica destinazione possibile, ossia la Siria (Stato non aderente alla Convenzione di Ginevra del 1951), nell'odierna vicenda era nella possibilità concreta dei ricorrenti fare ritorno a piedi in Serbia, Stato aderente invece ad essa. Questi elementi portano la Corte a concludere che la permanenza nella zona di transito ungherese sia stata "volontaria" e non coatta. La sentenza, letta oltre la prospettiva del caso di specie, potrebbe influenzare anche la lettura dell'attuale confinamento/restrizione sulle navi quarantena, facendo propendere per una qualificazione della misura come limitazione temporanea alla libertà di circolazione, nell'attesa che siano espletate le procedure sanitarie necessarie all'ingresso nel territorio.

Infine, ancora oltre la prospettiva del caso di specie, può essere riletta in base a tali assunti anche la pronuncia della Sezione reati ministeriali del Tribunale di Catania del 7.12.2018, sul caso *Diciotti*⁸⁹, con la quale veniva richiesta l'autorizzazione a procedere verso il Ministro dell'interno *pro tempore*, sen. Matteo Salvini, per il reato di sequestro di persona (*ex art. 605, comma 3 c.p.*) e intervenuta a chiarire accuratamente perché l'impedire ai migranti di sbarcare dalle unità navali soccorritrici costituisca un'indebita compressione della libertà personale.

Nell'analisi dell'elemento oggettivo del reato, il Tribunale non mostra dubbi: «la protratta permanenza dei migranti per cinque giorni a bordo di una nave ormeggiata sotto il sole in piena estate dopo aver già affrontato un estenuante viaggio durato numerosi giorni, la necessità di dormire sul ponte della nave, le condizioni di salute precarie di numerosi migranti, la presenza a bordo di donne e bambini, costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico sofferte dai migranti a causa di una situazione di "costrizione" a bordo non voluta e subita, sì da potersi qualificare come "apprezzabile" e, dunque, penalmente rilevante, l'arco temporale di privazione della libertà personale

89. Sul caso cfr., *ex plurimis*: S. Calabria, *op. cit.*; L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Questione Giustizia*, rubrica *Diritti senza confini*, www.questionegiustizia.it, 29.1.2019; Id., *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in questa *Rivista*, n. 1.2019; C. Casillo e M.E. Venditti, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, [S.l.], www.dpceonline.it, v. 39, n. 2, may 2019, pp. 2037-6677; G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *federalismi.it*, Editoriale, www.federalismi.it, n. 4, 20.2.2019; E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *Questione Giustizia*, rubrica *Diritti Senza Confini*, www.questionegiustizia.it, 14.3.2019.

sofferto». La situazione era stata peraltro oggetto il 21 agosto 2018 anche di una presa di posizione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale⁹⁰.

Il caso *Diciotti* offre un prezioso spunto su cui la dottrina si è esercitata e di cui gli Stati potrebbero far tesoro per interrogarsi sui profili giuridici della misure emergenziali odierne. Più precisamente a partire dalla relazione con cui la Giunta per le immunità del Senato ha respinto a maggioranza la domanda di autorizzazione a procedere presentata dal Tribunale dei ministri di Catania, la dottrina si è interrogata in tempi non sospetti sul rapporto tra i valori irrinunciabili del nostro sistema giuridico⁹¹ e i limiti alla potestà governativa, nell'ambito dei reati ministeriali. Una parte di essa⁹² evidenzia che, in assenza nel testo costituzionale di indicazioni sui limiti di condotte governative incompatibili con detti valori, il riferimento più prossimo è offerto dall'art. 15 CEDU, che, in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ammette l'adozione di misure in deroga agli obblighi della Convenzione, salvo quelli degli artt. 2, 3, 4 § 1 e 7. Altra parte⁹³ individua un utile riferimento nella l. n. 124/2017, che disciplina la materia relativa alla responsabilità penale degli appartenenti ai servizi segreti, che possono essere autorizzati dal Presidente del Consiglio a compiere fatti costituenti reato quando questi siano «indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi», salva tuttavia la previsione dell'art. 17, che non estende l'autorizzazione a quelle condotte che configurino «delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone».

Nell'attesa che dalla decisione sul caso emergano elementi che illuminino l'intera vicenda delle navi quarantena in ordine alla prevalenza del *patis* sul *non facere* o viceversa, sarà bene riallineare anche nello stato di emergenza la sorveglianza sanitaria che su di esse

90. Nel suo comunicato il Garante solleva le evidenti criticità costituzionali e convenzionali derivanti da una condizione di privazione della libertà di fatto delle persone a bordo della nave: senza la possibilità di libero sbarco e senza che tale impossibilità di movimento sia supportata da alcun provvedimento che ne definisca giuridicamente lo stato.

91. La Relazione della Giunta del Senato indica tra i reati sottratti all'area della ministerialità sono solo quelli che ledano in modo irreversibile i diritti fondamentali incompressibili, quali, la vita e la salute, non soffermandosi tuttavia sui riferimenti giuridici da cui è possibile trarre tale conclusione. Cfr. sul punto L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti*, cit., pp. 16-20.

92. *Ibidem*. Si veda inoltre sul rapporto specifico tra misure nazionali nella lotta al Covid e rispetto delle garanzie procedurali e di proporzionalità dell'art. 15 CEDU, R. Lugarà, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AiC*, www.osservatorioaic.it, fasc. 3/2020, p. 341 ss.; G.L. Gatta, *op. cit.*

93. È lo stesso L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti*, cit., pp. 16-20, a riportare i termini del dibattito, riferendosi alla proposta ricostruttiva avanzata da Valerio Onida sullo stesso tema, per risolvere la questione dei limiti alla possibilità per il Senato di negare l'autorizzazione in ordine alla commissione di reati di estrema gravità.

si svolge alle garanzie irrinunciabili⁹⁴ dell'art. 13 Cost. e dell'art. 5 CEDU, nel pieno rispetto del principio di legalità, del controllo giurisdizionale e della non arbitrarietà della misura, o all'opposto, ove si accertasse la limitazione della "sola" libertà di circolazione, per superare nel tempo più breve possibile «gli evidenti margini di *debolezza* (di fonte) e di *incertezza* (di contenuti)»⁹⁵.

Aleggia in realtà sulle navi quarantena lo spettro della sorte dell'*hotspot approach*, anch'esso introdotto nel solco di una crisi di ben diversa natura, ma che ancora oggi, a distanza di cinque anni dalla sua comparsa, fatica a trovare una chiara sistematizzazione giuridica⁹⁶, nonostante gli interventi del legislatore (rivelatisi niente affatto risolutivi) sulla oramai *vexata quaestio* riguardante la natura "chiusa" o "aperta" di questi Centri. A tal proposito, come nella vicenda odierna, «rileggere il caso *Khlaifia* e seguire la sua esecuzione è un'ulteriore occasione per comprendere la portata dei valori in gioco e riflettere sulle illegittimità ancora in corso»⁹⁷.

3. Detenzione amministrativa e *best practices*: un modello dalla Spagna⁹⁸

Nel corso dell'emergenza il tema del confinamento (*nel* confinamento) dei cittadini stranieri nei Centri di detenzione amministrativa, in quelli di accoglienza e negli *hotspot*, ha posto, come si osservava, i Paesi dell'UE di fronte alla sfida di garantire il rispetto delle

94. C. Casiello - M.E. Venditti, *op. cit.*, p. 967. Le Autrici evidenziano che l'astratta configurabilità della violazione dell'art. 5 par. 1 della CEDU è destinata inoltre a riverberarsi sulle ulteriori garanzie previste dalla norma oltre la riserva di legge e di giurisdizione: il diritto di essere informati nel più breve tempo possibile circa le ragioni della limitazione della libertà personale, di cui all'art. 5 par. 2 della CEDU, e il diritto di presentare un ricorso avverso privazioni della libertà personale, di cui all'art. 5 par. 4.

95. G.M. Locati - F. Filice, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 27.3.2020; G.L. Gatta, *op. cit.*, che a partire dal modello del *Coronavirus Act* inglese evidenzia quegli aspetti relativi all'applicazione della misura di quarantena in forma individuale, che necessitano di esser disciplinati da una fonte primaria, indicando l'autorità competente, i doveri di informazione, la durata e l'eventuale revisione periodica e revoca, la convalida della misura e i rimedi per contestarne l'applicazione.

96. Sulla natura ibrida degli *hotspots* la letteratura giuridica è vasta; cfr. *ex plurimis*, A. Massimi - F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 12.6.2019; D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. 132/2018*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, p. 1 ss.; Id., *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2018, p. 1 ss.; G. Savio - D. Belluccio, *Il trattenimento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane. Obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, su ASGI, www.asgi.it, giugno 2018; S. Penasa, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diventa sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di F. Cortese - G. Pelacani, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 395 ss.; M. Borraccetti, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in questa *Rivista*, n. 2.2014, p. 13 ss.; M. Savino, *op. cit.*, *passim*.

97. A. Massimi - F. Ferri, *op. cit.*

98. Una parte ridotta di questo paragrafo è stata pubblicata su *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, luglio 2020.

misure nazionali sanitarie per prevenire e contenere la diffusione del virus, applicandole in modo proporzionato e non discriminatorio anche nei luoghi di maggiore esposizione al contagio a causa della impraticabilità delle misure raccomandate dalle autorità sanitarie.

Negli stessi il livello di vulnerabilità è doppio⁹⁹: *in primis* lo standard medio di protezione della salute è inferiore rispetto a quello di chi non è privato della propria libertà, anche se non è possibile offrire in questa sede un quadro esaustivo sul punto, ma solo indicare alcuni degli elementi più critici che occorre tenere in considerazione.

Negli spazi del trattenimento le esigenze di sicurezza tendono a comprimere quelle della salute, ossia salute e sicurezza in questi luoghi sono spesso in contraddizione tra loro; maggiore è l'esposizione alla sofferenza psichica e alle malattie contagiose (non si dimentichino le condizioni ambientali spesso al limite del rispetto della dignità umana¹⁰⁰). Con specifico riferimento, poi, ai luoghi della detenzione amministrativa si aggiungono ulteriori criticità: situazioni ambientali ancora più difficili, compagine sociale fortemente eterogenea, barriere linguistiche e difficoltà di comunicazione, assenza di una rete familiare di supporto, differente approccio culturale ai problemi della salute e della sofferenza. Tutte queste condizioni, sommate tra loro, incidono in maniera negativa sul livello medio della salute¹⁰¹. Il sovraffollamento delle strutture, le carenze igienico-sanitarie, gli spazi piccoli e chiusi, sono inoltre *in re ipsa* possibili detonatori virali¹⁰².

La chiusura delle frontiere, da un lato e la coppia assiologica “diritto alla vita/dignità della persona”, dall'altro, richiamano all'attenzione l'opportunità e la ragionevolezza del trattenimento amministrativo nell'odierno e mutato contesto. L'equilibrio su cui si è retta l'impalcatura della direttiva 2008/115/CE – l'efficacia delle misure restrittive, a discapito della dignità e dei diritti dei migranti – si è subitaneamente incrinato, assieme al principio di proporzionalità, inteso nella sua dimensione funzionale, come si è in precedenza visto.

99. L'OMS nella raccomandazione *Prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention* ha parlato di una maggiore vulnerabilità al contagio nei luoghi di privazione della libertà personale.

100. È d'obbligo menzionare la condanna dell'Italia per le gravi carenze sistematiche nelle carceri italiane, avvenuta per mezzo della sentenza della Corte EDU, sez. II, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Si vedano, *ex plurimis*, F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 9.1.2013; M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, www.rassegnapenitenziaria.it, 1, 2013, p. 83 ss.; F. Urban, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, www.diritticomparati.it, n. 3/2017, pp. 12-63.

101. Cfr. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica nazionale, *La salute “dentro le mura”*, <http://bioetica.governo.it>, 27.9.2013; *La tutela della salute nei “luoghi di detenzione”. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, a cura di A. Massaro, Roma Tre-Press, 2017.

102. Sui maggiori rischi di contagio e la doppia vulnerabilità dei detenuti cfr. A. Marchesi, *La detenzione di migranti al tempo del Covid-19: conseguente a nulla e destinata a nulla*, in *SIDIBlog*, www.sidiblog.org, 5.4.2020.

In conformità all’assetto multilivello delle relazioni giuridiche, dalla lettura sistematica degli artt. 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, dell’art. 15 della direttiva 2008/115/CE (cosiddetta “rimpatri”) e dell’art. 5, lett. f), della CEDU, è possibile illustrare sinteticamente i profili di legittimità (e dunque, ove non osservati, *a contrario* di illegittimità) della detenzione amministrativa dei cittadini stranieri¹⁰³.

La misura è legittima fintantoché la procedura di espulsione sia in corso, abbia ragionevoli probabilità di successo e sia condotta con diligenza: parametri che devono esser valutati sia *ex ante* che per l’intera durata del trattenimento. La disposizione, nata con l’obiettivo di garantire una normativa orizzontale in materia di soggiorno irregolare dei cittadini stranieri nello spazio UE e sull’uso della forza secondo i criteri di proporzionalità ed efficienza, ha previsto in capo agli Stati l’obbligo di un’armonizzazione minima, avendo lasciato agli stessi «la facoltà di mantenere disposizioni più favorevoli» (art. 4, par. 3 della direttiva)¹⁰⁴.

Se la regola generale stabilisce che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza», la sua possibile deroga è individuata nell’esigenza dell’efficacia del rimpatrio e dunque nell’applicazione del rammentato principio di proporzionalità in chiave funzionale, come espressamente definito nell’art. 15 par. 1 della direttiva 115/2008, senza rivolgere particolari attenzioni anche alla tutela dei diritti. D’altronde, anche dall’attività ermeneutica della Corte di Giustizia si ricava l’orientamento per cui l’incompatibilità e la condanna delle normative nazionali con l’impianto della direttiva sono rilevate solo quando la normativa nazionale sia di ostacolo al raggiungimento dell’obiettivo utile della direttiva, che consiste nel garantire l’allontanamento dal territorio dello straniero, «In tal senso, si potrebbe concludere che la criminalizzazione non è intrinsecamente incompatibile con la direttiva, ma soltanto in quanto si rivela disfunzionale allo scopo di disfarsi dello straniero»¹⁰⁵. La scarsa

103. La nozione di cittadino straniero, che si userà di qui in avanti, è usata in senso ampio e per esigenze di semplificazione nel discorso. Ricomprende sia la prospettiva costituzionale, sia internazionale e sia comunitaria, per le quali occorrerebbe rispettivamente parlare di “immigrati”, “stranieri” e “cittadini di Paese terzo”. Cfr. B. Randazzo, *I diritti degli “extracomunitari” nell’ordinamento dell’UE*, in *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli, Jovene, 2016, p. 53 ss.

104. C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell’espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2009, p. 4, fa notare come la scelta di un’armonizzazione debole frustri il livello di garanzia dei diritti dei cittadini di Paesi terzi, poiché lo *standard* può legittimamente cambiare da Paese a Paese o dal livello comunitario a quello nazionale, «individuando una forbice di norme delimitata, verso il basso, dalla direttiva stessa e, verso l’alto, dalla normativa nazionale che garantisca il trattamento più favorevole».

105. A. Di Martino - R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva “rimpatri” e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 26.7.2011, p. 25; D. Loprieno, “*Trattenere e punire*”, cit., riscontra tale orientamento anche nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che fa da *pendant* alla direttiva in diverse pronunce, tra cui: la sentenza 28 aprile 2011 nel caso *Hassen El Dridi c. Italia* e la sentenza del 6 dicembre 2011 nel caso *Alexandre Achughbabian c. Francia*, la Corte, rispettivamente, nel primo caso condanna nel secondo caso fa salva le due differenti normative nazionali, sotto l’unico profilo meramente funzionalistico. Cioè valuta se le due normative penali interne

efficacia della direttiva in termini di rimpatri ha peraltro già da qualche tempo posto nelle sedi istituzionali la discussione intorno ad una sua modifica, come si può leggere nella Conclusione del Consiglio europeo del 28 giugno 2018¹⁰⁶. Il tema è da ascrivere in quello più risalente del controllo delle frontiere esterne, aperto con l'Agenda delle migrazioni del 2015 e teso a scongiurare gli effetti della forte crisi migratoria degli ultimi anni, con il suo acme proprio in quell'anno.

In questa direzione si sono collocate le proposte della Commissione¹⁰⁷ e del Consiglio¹⁰⁸, entrambe volte a spostare ulteriormente l'equilibrio solo su uno dei due aspetti di cui la direttiva si compone, quello dell'efficacia¹⁰⁹.

La compressione dei diritti individuali, al netto delle ragioni che rendono difficoltosa l'effettività del rimpatrio, rischia di diventare un vano sacrificio, «così, senza interventi sull'ultimo miglio» della procedura, cioè a dire in ordine alla collaborazione con gli Stati di origine e/o transito, l'effetto della stretta sul trattenimento sarebbe solo quello di aumentare il numero dei migranti trattenuti nei Centri di espulsione¹¹⁰.

L'ostacolo principale che rende privi di efficacia i rimpatri è costituito dalla difficoltà di implementazione di accordi di riammissione con i Paesi di provenienza. A farne le spese sono gli stessi cittadini stranieri, detenuti per ragioni il più delle volte dipendenti dall'azione della medesima pubblica amministrazione, con la conseguente aporia di una normativa che «da un lato predispone un arsenale di cautele a tutela della procedura amministrativa, dipendente, in alcuni casi da inefficienze degli organi di polizia, mentre, dall'altro, alimenta le esigenze cautelari stesse, incidenti sulla libertà personale dello straniero irregolare, di

pregiudichino non i diritti fondamentali dello straniero ma la procedura di rimpatrio. In tema, sia consentito il rinvio M. Tuozzo, *Stranieri ai diritti?*, Recensione a Donatella Loprieno, *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 e a Donatella Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

106. Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (28 giugno 2018) – Conclusioni*, Bruxelles 20.6.2018.

107. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634 final, 12.9.2018.

108. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) – Partial general approach*, 9620/19, 23.5.2019.

109. Per una riflessione circoscritta al tema specifico delle due proposte si rinvia al lavoro di E. Pistoia, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, gennaio-aprile 2020, p. 117 ss. Tra gli aspetti più critici delle proposte l'A. ne segnala due: innanzitutto quello di rendere automatico il ricorso alla detenzione in presenza delle circostanze in esse indicate, automatismo che «risulta però essere il frutto della naturale dinamica applicativa di norme che, in effetti, nominalmente non lo impongono. La questione è se anche un simile automatismo *de facto* possa essere considerato in contrasto con la Carta. La risposta richiede evidentemente una disamina attenta delle disposizioni che escludono l'automatismo *de jure*» (*ivi*, p. 132). Si aggiunge a questo l'introduzione di un nuovo motivo che si assume legittimare il trattenimento ossia la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

110. *Ivi*, p. 136.

presupposti normativi dominati (e dunque determinati) in assoluto dai medesimi organi autorizzati ad irrogare la misura detentiva»¹¹¹.

La *ratio* della norma consentirebbe, al tempo del coronavirus, di ridiscutere il fondamento del trattenimento a causa dell'irraggiungibilità dell'effetto utile, considerata la sospensione temporanea della mobilità internazionale.

Così, alcuni Paesi (tra cui la Spagna, il Regno Unito, il Belgio) hanno sperimentato l'adozione di misure alternative e meno afflittive della detenzione, aprendo la strada all'*inedita* applicazione della normativa vigente.

Le autorità garanti dei diritti e delle libertà nazionali e regionali per prime, con richiami e osservazioni sul confinamento oltremodo afflittivo nei Centri di internamento, hanno evidenziato la necessità di un loro progressivo svuotamento.

Come ha osservato il Garante nazionale italiano dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il periodo trascorso dai migranti in detenzione amministrativa «rischia di essere una sottrazione di tempo e libertà, oltre che una esposizione accentuata al pericolo di contagio, conseguente a nulla e destinato a nulla» (GNPL, Bollettino 10, 24 marzo 2020); il *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* ha a sua volta raccomandato l'immediata chiusura temporanea dei Centri nei quali lo Stato non può in questa fase adempiere all'obbligo di proteggere né i suoi agenti, né le persone che ha affidato alle loro cure; la stessa raccomandazione è stata rivolta alle autorità spagnole dal *Defensor del Pueblo* e dalle organizzazioni internazionali quali il Comitato europeo per la prevenzione della tortura, la Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, il Sottocomitato delle Nazioni Unite agli Stati aderenti¹¹².

La vicenda spagnola appare tra le più istruttive, poiché la interazione tra attori istituzionali e non istituzionali coinvolti nel processo che ha portato allo svuotamento temporaneo dei *Centros de internamiento de extranjeros* (d'ora in avanti *CIEs*), ha avuto riguardo non solo all'impossibilità di raggiungere l'obiettivo della direttiva, ma anche alla tutela dei diritti fondamentali *in primis* quello alla salute dei migranti trattenuti. Il risultato ottenuto offre un'apertura verso una differente ponderazione tra libertà e sicurezza, con un bilanciamento teso alla tutela del diritto alla salute e della dignità degli stranieri, tanto da

111. P. Gualtieri, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *La tutela della salute nei "luoghi di detenzione"*, cit., p. 392.

112. Per l'Italia, si veda GNPL, Bollettino 10, 24.3.2020, su www.garantenazionaleprivatiliberta.it; per la Francia CGLPL del 17.3.2020, al link <https://www.cglpl.fr/2020/situation-sanitaire-des-prisons-et-centres-de-retention-administrative-le-cglpl-demande-la-prise-de-mesures-pour-la-protection-des-personnes-privées-de-liberté>; per la Spagna si veda *Defensor del Pueblo* documento del 19.3.2020, al link https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/03/200319_AlertaSanitaria.pdf; per la Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, *statement* del 26.3.2020, su www.coe.int; per il Sottocomitato delle Nazioni Unite, *public advice* del 30.3.2020, su www.ohchr.org.

poter assumere il ruolo di *best practice* nel cambiamento che da tempo ci si attende intorno al tema del trattenimento amministrativo degli stranieri in attesa di espulsione¹¹³.

Preliminarmente è utile una breve ricognizione¹¹⁴ sull'accesso al diritto sociale alla salute degli stranieri irregolari nell'ordinamento spagnolo.

La Spagna, come l'Italia e la Grecia, è tra i Paesi che figurano tra le porte d'Europa e che negli ultimi anni registra una presenza massiva di stranieri. La tutela del diritto alla salute, in aderenza al tipo di Stato fortemente decentrato, è ripartita tra le competenze dello Stato centrale e delle Comunità autonome¹¹⁵.

Dalla Costituzione si ricava la costruzione di un diritto a portata universale¹¹⁶, a cui si affianca un'altra importante peculiarità: la tendenziale gratuità delle prestazioni. Con la *Ley Organica de Extranjeria* n. 4/2000 sui Diritti e le libertà degli stranieri in Spagna, nota come Legge sull'immigrazione (*LOEx*) e la successiva modifica con LO n. 8/2000 per la prima volta viene sancito l'accesso paritario alle prestazioni sanitarie tra stranieri regolarmente e irregolarmente presenti sul territorio, purché iscritti (*empadronamiento*) presso il registro del Comune (*padrón del municipio*) della residenza abituale.

La vera portata innovativa della norma era costituita dal fatto che la residenza di cui si faceva menzione non coincideva con quella giuridico-formale, bensì con la situazione di fatto della dimora abituale. Il registro aveva dunque sia la funzione di fotografare la popolazione insistente sul territorio, prescindendo dalle classiche categorie amministrative nelle quali spesso i diritti fondamentali degli stranieri si impantanano, sia di fungere da legame con lo stesso territorio abitato e punto di partenza per l'integrazione nel tessuto urbano.

Mentre la successiva modifica con LO 14/2003 ha parzialmente inciso sul regime di tutela degli immigrati, prevedendo in capo a questi ultimi maggiori adempimenti burocratici

113. L'ordine di espulsione, a cui può seguire quella di internamento in un CIE, è da intendersi in senso lato e ricomprende in realtà diverse ipotesi: quella della presenza irregolare sul territorio (ricomprensivo il respingimento alla frontiera) a cui si affiancano le espulsioni non sono necessariamente collegate alla posizione amministrativa sul territorio, come: l'espulsione misura alternativa della pena ai sensi dell'art. 89 c.p.; l'espulsione prevista dall'art. 57, co. 2 LEOx che può essere applicata a causa dei precedenti penali del cittadino straniero; l'espulsione prevista dall'art. 53, co. 1 LEOx per aver compiuto infrazioni gravi di natura amministrativa.

114. Si rinvia ad A. De Petris, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari*, cit.; L. Melica, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, in *Rivista AiC*, www.rivistaaic.it, n. 4/2017; F.E. Grisostolo, *Immigrazione e decentramento territoriale nell'esperienza spagnola*, in *DPCE Online*, www.dpceonline.it, vol. 32, n. 1/2020, p. 87 ss.

115. F.E. Grisostolo, *op. cit.*, pp. 90-94, descrive il processo graduale che ha condotto al trasferimento di alcune competenze, in forma concorrente, della materia alle CCAA, a partire dalla LO 4/2000 e il successivo ampliamento con la LO 2/2009 è stato riconosciuto un reale pluralismo politico-territoriale nella gestione dell'immigrazione, con ulteriori competenze, oltre quelle già adoperate dal basso dalle autonomie. In particolare, la competenza riguardante l'integrazione dello straniero sul territorio, è stata declinata sia come esercizio delle erogazioni dei servizi afferenti alla sfera dei diritti sociali, sia quale esercizio "di fatto" di competenze non espressamente concesse, come il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro in Catalogna, introdotto richiamandosi alla competenza amministrativa in ambito lavoristico.

116. L'art. 43 della Costituzione spagnola recita: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», dunque il Costituente non intese porre distinzioni sul godimento del diritto a partire dallo *status civitatis* dell'individuo.

per la registrazione, il vero punto di involuzione della normativa si è registrato con il Real Decreto n. 16/2012 («Misure urgenti per garantire la sostenibilità del sistema sanitario nazionale e migliorare la qualità e la sicurezza delle sue prestazioni»), dichiaratamente dettato dalle esigenze di *austerity* introdotte dal Governo durante la crisi economica per ridurre il disavanzo pubblico, a cui sono susseguite importanti modifiche riguardanti la spesa per la sanità pubblica.

Laddove la previgente formulazione dell'art. 12 della *Ley Extranjería* stabiliva che «Gli stranieri che si trovano in Spagna, iscritti nel registro del Comune in cui abitano, hanno il diritto all'assistenza sanitaria alle stesse condizioni degli Spagnoli», la nuova formulazione della norma stabilisce che la semplice iscrizione al registro del Comune non è più sufficiente ad accedere alle cure sanitarie, perché è necessario anche il requisito dell'autorizzazione legale alla presenza nel territorio spagnolo. In particolare, nell'art. 3 del Regio Decreto richiamato viene subordinato l'accesso al servizio sanitario nazionale agli «assicurati» o ai «beneficiari» di prestazioni sociali, denominazioni nelle quali rientrano unicamente gli stranieri regolarmente soggiornanti¹¹⁷. Agli stranieri irregolari potranno essere riconosciute solamente le cure urgenti nei casi di malattia grave, nei limiti in cui la malattia possa incidere sulla salute pubblica spagnola e comunque fino a guarigione (art. 3-ter RD *Ley* 16/2012). Si segnala infine l'ultima modifica della disciplina della materia, con il Regio decreto legge 27 luglio 2018, sull'accesso universale al sistema sanitario nazionale, teso a ristabilire maggiore equità e cure anche agli stranieri irregolari, riconoscendo nuovamente in capo agli stessi il diritto ad accedere alle cure sanitarie.

All'indomani dell'adozione delle prime misure di confinamento da parte delle Comunità Autonome della Catalogna, di Murcia e dei Paesi Baschi del 13 marzo, della dichiarazione dell'*estado de alarma* con il Real Decreto n. 463 del 14 marzo e dell'Ordine del Ministero dell'interno 227 del 15 marzo¹¹⁸, sono iniziate le prime proteste nei Centri di internamento *CIEs*. Contestualmente veniva avviato un dialogo inter-istituzionale guidato dal *Defensor del Pueblo* e dalle *Organizaciones Internacionales de Derechos Humanos* presso la Direzione generale dell'immigrazione e delle frontiere della polizia nazionale e il Segretariato di Stato

117. Sul declino dell'universalizzazione del diritto alla salute, realizzato con il decreto regio 16/2012, poi modificato dal decreto-regio 1192/2016 è intervenuta la sentenza n. 139/2016 del *Tribunal Constitucional*, che ha fatto salve le misure introdotte per razionalizzare la spesa pubblica, dal momento che «il Costituente spagnolo, nel tutelare la salute attraverso l'art. 43 Cost., non si è spinto sino a determinare un contenuto minimo ed essenziale del diritto, ma ha concesso ampia libertà al legislatore, sia nella definizione dei diritti e degli obblighi dei fruitori degli interventi sanitari, sia nelle modalità di organizzazione dei servizi di erogazione delle prestazioni. Dunque, il legislatore, non è vincolato, né in relazione all'ampiezza della tutela, né riguardo alle modalità di erogazione dell'offerta sanitaria». Così L. Melica, *op. cit.*, p. 15.

118. *En relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, con cui sono state stabilite pesanti misure per il contenimento del virus che hanno inasprito la già dura condizione carceraria.

per l'immigrazione, evidenziando da un lato il pericolo dell'implosione nei Centri dell'epidemia e dall'altro lato l'impossibilità di dare esecuzione alle misure di rimpatrio, il che ha reso ancor più manifesto il vuoto dei fini della misura restrittiva.

È interessante notare che lo svuotamento dei *CIEs* è il risultato dell'interlocuzione tra i due poteri statali (esecutivo e magistratura) e la società civile¹¹⁹. Mentre il *Defensor* ha ammonito sulla necessità di garantire quelle norme di salute e sicurezza decretate nello stato di allarme anche ai cittadini stranieri internati e al personale che lavora nei *CIEs*, nei Centri continuavano le proteste, fino alla decisione del 19 marzo, comunicata in conferenza stampa dal Commissario e Capo della Polizia Nazionale e confermata dal Ministero dell'interno¹²⁰, di procedere allo svuotamento dei Centri, valutando caso per caso quali rimpatri potessero essere effettivamente eseguiti nel rispetto del limite massimo del periodo di detenzione, quali migranti in attesa di espulsione avessero già un domicilio per consentire l'applicazione della misura dell'obbligo di dimora e per quali altri fosse necessario assicurare un domicilio temporaneo presso strutture pubbliche o private convenzionate¹²¹.

L'altra importante voce è stata quella delle autorità giudiziarie (*Juezes de Instrucción*)¹²², che con una presa di posizione netta hanno disposto lo svuotamento e la

119. Un dialogo su una maggiore apertura verso la tutela dei diritti umani nei luoghi di internamento amministrativo per la verità era già stato avviato dal Ministro dell'interno spagnolo Fernando Grande Marlaska, come si legge da <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-marlaska-reformara-cie-hacerlos-compatibles-derechos-humanos-20200226113430.html>.

120. Con le dichiarazioni sul *Público*, consultabili al link <https://www.publico.es/sociedad/cierre-cie-coronavirus-espejismo-cie-vacios-reabriran-pueda-expulsar-extranjeros.html>.

121. Per la ricostruzione della vicenda si leggano l'articolo *Liberadas del CIE de Aluche las primeras personas inexpulsables*, pubblicato su *El Salto* e reperibile online al sito www.elsaltodiario.com; D. Moreno - S. Ortega, *El Gobierno prevé liberar a todos los internos de los CIEs antes del lunes*, pubblicato su *El Público*, www.publico.es, 2.4.2020; nonché il Bollettino n. 22 del 9.4.2020 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, reperibile online, www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

122. Con la nota sentenza 115/1987, pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal *Difensor del Pueblo* in ordine all'assunta violazione dell'art. 25, co. 3 della Costituzione, che vieta l'applicazione di misure restrittive della libertà personale da parte della pubblica amministrazione, il *Tribunal Constitucional* ha chiarito che l'internamento non ha natura amministrativa, ma giudiziaria. Solamente l'espulsione ha natura amministrativa, mentre la decisione sull'internamento è legittimata dal successivo intervento del giudice. Il controllo giudiziario, continua il Tribunale, non è peraltro un'attività di mera ratifica dell'operato della P.A., ma giudizio sulla necessità della misura dell'internamento alla luce del carattere di eccezionalità e indicando altresì di privilegiare il criterio ermeneutico del *favor libertatis*. L'autorità giudiziaria è altresì preposta a garantire che lo straniero possa effettivamente esercitare il suo diritto di difesa. È solo attraverso la garanzia di un processo – nel quale è previsto l'intervento obbligatorio del *Ministerio Fiscal* – e del diritto di difesa che può esser assicurata la non arbitrarietà della misura. Accanto alla decisione sull'internamento, al *Juez de Instrucción* sono affidate ulteriori competenze, riguardanti la tutela dei diritti fondamentali all'interno del Centro, competenze introdotte con la LO 2/2009 e ricomprese nell'art. 62, co. 6 LEOx, «Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente». È importante notare che tali competenze non spettano alla stessa autorità giudiziaria che ha disposto l'internamento dello straniero, ma a quella del circondario giudiziario in cui è collocato il CIE, per evitare che la distanza geografica non consenta un controllo effettivo sulle condizioni materiali del Centro e la tutela della dignità al suo interno. Per un approfondimento sul ruolo del *Juez de Instrucción* si rinvia a M. Martínez Escamilla (coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid, Other Consejo General del Poder Judicial, 2015.

chiusura temporanea dei Centri, ispirate alla saldatura tra tutela del diritto alla salute e interesse nazionale. In particolare, con la decisione del 31 marzo è stata disposta la chiusura temporanea del *CIE* di Las Palmas, in seguito al giudizio promosso dal Capo della sezione Epidemiologia e Prevenzione della direzione generale della Salute, Servizio di sanità pubblica delle Canarie, su richiesta delle persone confinate nel *CIE* di Barranco Seco. Il giudice ha tenuto conto dell'interpretazione sistematica del diritto alla salute, nella dimensione universale riconosciuta dall'art. 43 della Costituzione spagnola del 1978, della Legge organica 4/2000 e delle sue successive riforme introdotte con le *LL.OO.* 8/2000, 11/2003 e 2/2009, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, della Convenzione di Roma del 1950, del Patto internazionale dei Diritti civili del 19 dicembre 1966. Ha inoltre preso in considerazione gli orientamenti del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal Supremo*, che per ragioni cautelari ammettono la limitazione della sola libertà personale dello straniero, ma non anche degli altri diritti e delle libertà costituzionali riconosciute a tutte le persone che si trovano sul suolo spagnolo. Il regime di confinamento determinato dallo stato di allarme, nota il giudice, è comprensivo della sola limitazione alla circolazione delle persone e non anche del loro diritto alla salute, che invece è oggetto di un'attenzione prioritaria rispetto a tutti gli altri diritti, senza che se ne possa prevedere nessuna discriminazione o differenziazione in ragione dello *status civitatis* o della posizione amministrativa regolare o irregolare sul territorio. Un altro profilo che ha sicuramente influenzato la decisione dei giudici è la considerazione del periodo massimo di durata (sessanta giorni) del trattenimento amministrativo, ai sensi dell'art. 21, co. 2 del Real Decreto n. 162/2014, termine entro il quale nessuno straniero avrebbe potuto essere ragionevolmente rimpatriato in seguito alla chiusura delle frontiere e alla sospensione del traffico aereo internazionale.

Un contributo fondamentale l'ha infine giocato la rete di assistenza sociale e umanitaria che ha visto il coinvolgimento della società civile organizzata, delle organizzazioni non governative e dei servizi pubblici del territorio, che si sono adoperati per trovare una soluzione abitativa temporanea alle persone straniere che non avessero un domicilio in cui trascorrere la quarantena in condizioni di sicurezza per la salute e dove poter essere reperibili.

La vicenda dei *CIEs* evidenzia che, a partire dall'applicazione delle norme già esistenti, è possibile recuperare quei caratteri di eccezionalità e proporzionalità che la normativa vigente in materia di trattenimento amministrativo già reca con sé: è infatti nel potere del *juez de instrucción* di applicare diverse *medidas cautelares*, ai sensi dell'art. 61 LEOx, che egli "estime conveniente". Tali criteri sono richiamati anche in apertura dell'art. 15 della direttiva 115/2008, ma nelle prassi amministrative e giudiziarie trovano scarso riconoscimento. Da lungo tempo si è invero fatta sentire una voce critica sul ricorso

prioritario e automatico ad una misura che invece dovrebbe costituire l'eccezione alla regola, esplorando all'opposto in via preliminare la possibile individuazione di misure alternative la cui intensità sia retta dai tre principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità¹²³.

L'approccio *community based*¹²⁴ sperimentato potrebbe rientrare nel novero delle misure alternative al trattenimento amministrativo e riuscirebbe a garantire sia le esigenze statali di controllo e sicurezza del territorio, sia misure meno afflittive¹²⁵ per i non cittadini.

Siffatto approccio consentirebbe altresì il protagonismo dei territori e il coinvolgimento dei livelli di governo più prossimi ai cittadini nella gestione delle migrazioni¹²⁶, più attenti ad intercettarne le problematiche connesse e le relative soluzioni più aderenti al tessuto socio-economico, non solo nella primissima fase dell'accoglienza, ma anche in quella che rappresenta, idealmente, la fine del percorso migratorio.

Si fa infine notare che la misura del trattenimento amministrativo non riguarda solo gli stranieri "in uscita", ma anche quelli "in entrata" e pertanto il risultato raggiunto nei *CIEs* è ancora parziale. Esso (oltre ad essere temporaneo) trascura gli altri Centri per l'immigrazione spagnoli, i *CETI* (*Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes*) per i

123. A. Solanes Corella, *Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas*, in *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, n. 19 (2016), pp. 37-76, si sofferma sulle proposte di misure alternative e su un loro utilizzo per superare il modello detentivo e in particolare auspica che l'internamento non sia più usato come strumento di "controllo dell'immigrazione", ma come misura di *extrema ratio* cui ricorrere solo dopo aver praticato le misure alternative, *in primis* quella del rimpatrio volontario, e quando queste si siano rivelate effettivamente fallimentari.

124. E. Roman, *Pandemia e rimpatri: ripensare la detenzione amministrativa dei migranti durante e dopo il COVID-19*, in *Fieri*, www.fieri.it, 26.4.2019, l'A. si riferisce a quell'approccio che coinvolge attivamente la comunità locale e che è facilmente replicabile anche in altri contesti come quello italiano. In particolar modo questo tipo di approccio rientra anche tra le raccomandazioni presentate nella risoluzione sul *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* delle Nazioni Unite nel gennaio 2019, al punto 15 lett. j), ove si invita gli Stati ad adottare il *whole-of-society approach* intendendo per esso il coinvolgimento degli attori non istituzionali (comunità locali, scuole, università, *stakeholder* pubblici e privati che partecipano alla *governance* della migrazione) come condizione di efficacia e di sostenibilità delle future politiche delle migrazioni.

125. Accanto alla limitazione della libertà personale, nei CIE la prassi mostra la mortificazione anche di altri diritti delle persone ivi trattenute nel prisma della dignità, come la libertà di comunicazione, il diritto di difesa, il diritto alla salute (fisica e mentale), il diritto di essere informati sull'evoluzione della pratica di rimpatrio, il diritto alla vita privata e familiare, il diritto di visita. Per avere un'idea delle reali condizioni all'interno dei Centri basta dare uno sguardo alle Raccomandazioni che periodicamente il *Difensor del Pueblo* rivolge alla *Dirección General de la Policía*, consultabili in *Estudio sobre Los partes de lesiones de las personas privadas de libertad*, maggio 2014, al link <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-06-Estudio-sobrelos-partes-de-lesiones-de-las-personas-privadas-de-libertad.pdf>.

126. F.E. Grisostolo, *op. cit.*, immagina il coinvolgimento delle Regioni anche sulla competenza statale del controllo degli ingressi e condizioni amministrativa dello straniero sul territorio, poiché nell'ottica di una gestione strutturale del fenomeno le esigenze territoriali sono molto diverse tra centro e periferia in relazioni alle variabili economico-lavorative e demografiche. L'A. richiama il caso scozzese, che ha richiesto la devoluzione del potere regolatore in materia di immigrazione, preoccupato del crollo dell'immigrazione in seguito alla *Brexit*. Siffatto modello decentrato è già presente anche in Canada, dove i differenti Governi provinciali hanno la possibilità di esprimere le proprie esigenze in materia di immigrazione.

richiedenti protezione internazionale in attesa della decisione e i *CAR* (*Centros de Acogida de Refugiados*) per i rifugiati sprovvisti di risorse sufficienti per il sostentamento¹²⁷.

Al netto dei risultati raggiunti e di quelli mancati, l'applicazione in forma sinora inedita della direttiva rimpatri rientra tra gli effetti stavolta benefici indotti dal virus e ne è auspicabile una stabilizzazione che ispiri, oltre la pandemia, altre esperienze nazionali.

Mentre in Italia, con il decreto-legge 30.7.2020, n. 83, lo stato di emergenza è stato prolungato fino al 15 ottobre, dal 21 giugno 2020 in Spagna non vige più l'*estado d'alarma* e sarà dunque interessante osservare gli sviluppi della pratica dialogica sperimentata, per capire se nella *nueva normalidad*, con la riapertura delle frontiere interne ed esterne, lo svuotamento dei *CIEs* sia stato un obiettivo estemporaneo, o il seme di una gestione delle frontiere più rispettosa della libertà personale e della dignità dei non-cittadini.

4. Riflessioni conclusive

A proposito di pandemia come motivo ispiratore di interventi legislativi, nuove prassi amministrative e pronunce giudiziarie indirizzate ai non-cittadini, è possibile sinteticamente, in chiusura del lavoro, ripercorrere i tre grandi nodi problematici affiorati nel corso dell'emergenza.

a) Il primo riguarda i flussi internazionali di movimento come potenziale minaccia alla salute della popolazione autoctona, situazione che già ai tempi dell'Ebola e della Sars ha condotto all'adozione di restrizioni ulteriori per l'ingresso in Europa. Proprio in riferimento alle epidemie più recenti, la letteratura scientifica aveva peraltro giudicato infondata la correlazione tra l'ingresso dei migranti in condizioni irregolari e la diffusione delle malattie infettive, mettendo in evidenza che in realtà le patologie di cui i migranti sono portatori, presso i porti di sbarco, sono solitamente infezioni minori e facilmente controllabili. Per le epidemie più gravi «l'esperienza mostra che, quando l'importazione avviene, coinvolge solitamente viaggiatori, turisti o professionisti sanitari piuttosto che migranti e rifugiati»¹²⁸.

Non si può tuttavia trascurare la diversa esperienza della pandemia da Covid-19, a partire dalla quale il tema della riapertura graduale delle frontiere e di nuovi canali di ingresso del virus si presenta più terrificante. Si inseriscono in questa cornice le recenti

127. L. Gabrielli, *Migrazioni sottosopra. L'impatto del CoViD-19 sui movimenti di persone alle frontiere tra Spagna e Marocco*, in Fieri, www.fieri.it, 4.6.2020, particolarmente critiche sono le difficili condizioni all'interno delle enclave spagnoli in terra africana di Ceuta e Melilla, tristemente note per insalubrità e sovrappopolazione. Oltre al paradosso della chiusura dei *CIEs* ma non dei *CETI*, la situazione è resa ancor più incandescente a causa della chiusura della frontiera marocchina che rende impossibile percorrere la rotta delle "migrazioni forzate di ritorno".

128. OMS, *Migrations and health: key issues*, consultabile al link http://www.euro.who.int/data/assets/pdf_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues-.pdf?ua=1; per un maggiore approfondimento del tema si rinvia a C. Botrugno, *Diritto alla salute e migrazioni internazionali. Per una "bioetica in azione"*, in *Jura Gentium*, www.juragentium.org, XVI, 2019, 2, pp. 102-126.

proteste¹²⁹ degli abitanti del Comune calabrese di Amantea (CS), in seguito al trasferimento nella cittadina di un gruppo di persone di nazionalità straniera risultate positive al virus, o ancora gli scontri nel Comune casertano di Mondragone, con violenti attacchi alla comunità bulgara ivi stanziata, “rea” di aver violato la zona rossa dichiarata il 22 giugno¹³⁰, che circonda le palazzine da loro prevalentemente abitate. Si tratta di episodi di violenza che non si lasciano ridurre alla sola causa del razzismo¹³¹, bensì evidenziano un sentimento più generalizzato di intolleranza e di sfiducia verso un segmento di corpo sociale molto esposto e non ancora (o molto poco) protetto agli effetti della pandemia, precario e sfruttato sul lavoro e per tutti questi motivi più sensibile al timore di subire la paura di un nuovo confinamento.

Nella complessa vicenda della paura di un nuovo confinamento e controllo del territorio si è assistito nel corso degli ultimi mesi ad un rinnovato protagonismo delle Regioni. Nell’incontro/scontro tra livelli di governo si inserisce la vicenda del Presidente della Regione siciliana che, con l’adozione dell’ordinanza contingibile e urgente n. 33 del 22.8.2020, ha ordinato lo sgombero degli *hotspot* e Centri di accoglienza siciliani (art. 1) e il divieto di ingresso, transito e sosta sulla Regione in capo ai migranti (art. 2), per la tutela della salute e dell’incolumità pubblica. Entrambe le norme sono state impugnate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e la loro efficacia è stata sospesa con il decreto cautelare del Tar Sicilia del 27.8.2020, n. 842. La decisione del Tar siciliano, dopo aver censurato – pur nei limiti della pronuncia provvisoria – l’ordinanza, ritenendola *prima facie* intervenuta a disciplinare aspetti esorbitanti le proprie competenze, destinati inoltre a produrre effetti oltre i confini regionali, dubita dei presupposti fattuali posti alla base del provvedimento. Sul difetto d’istruttoria il Tribunale amministrativo scrive: «L’esistenza di un concreto aggravamento del rischio sanitario legato alla diffusione del Covid-19 tra la popolazione locale, quale conseguenza del fenomeno migratorio, che, con il provvedimento impugnato, tra l’altro, si intende regolare, appare meramente enunciata, senza che risulti essere sorretta da un’adeguata e rigorosa istruttoria, emergente dalla motivazione del

129. Per un commento sulla vicenda si rinvia a L. Manconi, *Il sospetto oscuro sui migranti. Il razzismo della paura*, su *la Repubblica*, 14.7.2020, che da un lato mette in guardia sul pericolo che la coppia migrante-pandemia, al netto di un antico pregiudizio xenofobo, possa diventare il nuovo *leitmotiv* di allarme sociale, dall’altro evidenzia come un valido rimedio possa ritrovarsi in un’attenta vigilanza sanitaria, nonché in una serie di misure di prevenzione, provvedimenti che ritiene razionali ed intelligenti. Sulla cronaca della vicenda si veda, sempre sullo stesso quotidiano, l’articolo di A. Candito, *Amantea, l’esercito controllerà gli immigrati positivi*, 13.7.2020.

130. Il riferimento è all’ordinanza n. 57 del 22 giugno 2020 del Presidente della Giunta della Regione Campania, le cui misure sono state prorogate con ord. del 30.6.2020, n. 58.

131. In tal senso C. Dionesalvi - S. Messinetti, *Ad Amantea è tregua, ma arriva l’esercito*, ne *Il Manifesto*, www.ilmanifesto.it, 14.7.2020.

provvedimento stesso e altrettanto sembra potersi affermare anche in relazione alla diffusione del contagio all'interno delle strutture interessate».

b) Il secondo profilo coinvolge gli stranieri già presenti sul territorio privi di permesso di soggiorno, particolarmente vulnerabili in pandemia perché privi di tutela, per le condizioni abitative spesso in insediamenti informali rurali, perché vittime di caporalato costretti quindi a lavorare in condizioni insalubri e privi allo stesso tempo dell'assistenza sanitaria, per l'inaccessibilità alle misure governative (es. indennità Covid-19)¹³².

Provvedimenti di regolarizzazione dei cittadini stranieri sono stati adottati in Portogallo¹³³ e in Italia. Nel primo Paese la misura è stata annunciata dal Ministro dell'*Administração Interna*, Eduardo Cabrita, dichiarando che nello stato di emergenza la priorità della difesa della salute e della sicurezza collettiva coinvolge in prima battuta i diritti dei più deboli, i migranti. «Assicurare l'accesso dei migranti alla salute, alla previdenza sociale e alla stabilità nel lavoro e dell'abitazione è un dovere di una società solidale in tempi di crisi»¹³⁴. La regolarizzazione in Italia ha seguito un *iter* molto diverso¹³⁵ ed è intervenuta solamente il 19 maggio, a distanza quindi di più di due mesi dal *lockdown*, ispirata più a salvaguardare le esigenze del mercato del lavoro che la tutela della salute dei migranti¹³⁶.

132. M. D'Onghia, *Gli immigrati resi ancora più in visibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, aprile 2020.

133. Il decreto interministeriale (*despacho*) n. 3863-B/2020, del 27 marzo ha regolarizzato la posizione amministrativa di quanti avevano domande pendenti per il rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno presso il Servizio degli stranieri e delle frontiere (SEF) fino al 30 giugno. Per i dettagli si rinvia a C. Guerrero Picó, *La regolarizzazione temporanea degli stranieri che avevano richiesto un permesso di soggiorno o la protezione internazionale*, in *Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Corte Costituzionale*, www.cortecostituzionale.it, 30.3.2020. Sullo stesso decreto si legga la nota critica di P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, cit., il quale evidenzia che le misure adottate in Portogallo sono in realtà già in larga parte in vigore in Italia, dove nelle more della definizione delle procedure di regolarizzazione, è anche ai richiedenti asilo già riconosciuto l'accesso ai servizi pubblici nazionali, come il SSN.

134. *Governo regulariza todos os imigrantes que tenham pedidos pendentes no SEF*, in *Público*, www.publico.pt, del 28.3.2020.

135. Per avere un'idea del dibattito che ha accompagnato la novella normativa sulla regolarizzazione si rinvia a A. De Petris, *COVID-19 e immigrazione: l'urgente necessità di una regolarizzazione*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, aprile 2020; la proposta dell'ASGI, consultabile sull'omonimo sito web; interessante è l'indicazione formulata da T. Boeri - S. Briguglio - E. Di Porto, *Chi e come regolarizzare nell'emergenza coronavirus*, 24 aprile 2020, consultabile sul sito online www.lavoce.info. Critico verso le misure del c.d. "d.l. Rilancio" è F.V. Virzi, *L'emergenza sanitaria attraverso il prisma delle politiche migratorie*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, www.adimblog.com, giugno 2020, il quale, al netto della perfettibilità del decreto, evidenzia come la regolarizzazione dei migranti e il ritorno all'accoglienza diffusa nei SIPROIMI siano misure allo stato insufficienti, poiché né si pongono nella prospettiva di riforme strutturali del sistema di accoglienza, né sono state seguite dall'adozione di un nuovo capitolato d'appalto più riguardoso delle strutture che garantirebbero un'accoglienza diffusa sul territorio e non concentrata (o meglio dire, ammassata), nei CAS. Ancora, sul tema, G. Perin - G. Savio, *Editoriale*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, descrivono l'irragionevolezza della regolarizzazione, che, così disciplinata, «manifesta la miopia del legislatore, trattandosi di una normativa evidentemente frutto di una mediazione (al ribasso)».

136. L'art. 103 del decreto-legge 19.5.2020, n. 34, ha dichiaratamente una duplice finalità: garantire livelli adeguati di tutela della salute e favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari. L'impianto è tuttavia tradito dalla prevalenza di misure adeguate maggiormente a realizzare le esigenze lavorative. A tal proposito. P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della*

c) In ultimo, sul tema dei rimpatri, oltre alle problematiche evidenziate, è utile sottolineare la Comunicazione della Commissione¹³⁷ che ha invitato gli Stati a disporre del loro potere discrezionale di rilascio del permesso di soggiorno o di altra autorizzazione, così da riconoscere ai migranti irregolari il diritto di soggiornare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, a norma dell'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva 2008/115/CE.

La conclusione del presente scritto è ispirata da un altro lavoro, in cui gli Autori pure hanno discusso di aspetti problematici sommersi – tuttavia non legati ai movimenti di immigrazione – che la pandemia ha contribuito “solamente” a portare a galla:

«Il coronavirus rappresenta il vaso di Pandora: sarà, infatti, il pretesto per radicalizzare gli aspetti peggiori della contemporaneità, (...), oppure (...) l'occasione per un cambiamento e per una correzione delle sempre più evidenti distorsioni della nostra società»¹³⁸.

Il tema dell'immigrazione si conferma cioè e suo malgrado la cartina di tornasole di una società che da lungo tempo attende importanti riforme per risolvere problemi vecchi e nuovi, ma non riesce a darsene di davvero incisive.

pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri, cit., fa notare come alla domanda di emersione non sia connessa l'iscrizione immediata obbligatoria al SSN, mentre all'opposto è automaticamente garantita, nelle more della definizione della procedura, la possibilità di svolgere l'attività lavorativa.

137. *Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento*, (2020/C 126/02), 17.4.2020 in GUUE C 126/12.

138. F. Abbondante in S. Prisco - F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Focus Osservatorio Emergenza Covid-19, www.federalismi.it, 24.3.2020, p. 20.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

IL DIRITTO DI ASILO E LA SUA MULTIFORME (NON) ATTUAZIONE

di Francesca Rescigno

***Abstract:** Il saggio indaga il fenomeno dell'accoglienza sia dal punto di vista dell'ordinamento italiano che in un'ottica comparata ma soprattutto europea, poiché è ormai chiaro che senza un approccio comune i Paesi membri dell'Unione continueranno ad oscillare tra politiche di accoglienza e respingimenti pseudo "legalizzati" perpetuando una schizofrenia sovranistica che non può certo condurre a risultati positivi. D'altro canto la mancanza di un modello unico d'asilo europeo dimostra l'intrinseca debolezza dell'Unione nella gestione e condivisione di responsabilità fondamentali.*

***Abstract:** This essay investigates the phenomenon of reception both from the point of view of the Italian system and from a comparative but, above all, European perspective, as it is now clear that without a common approach the member countries of the Union will continue to oscillate between reception policies and pseudo "legalized" rejections. On the other hand, the lack of an European asylum model demonstrates the Union's intrinsic weakness in the management and sharing of fundamental responsibilities.*

IL DIRITTO DI ASILO E LA SUA MULTIFORME (NON) ATTUAZIONE

di Francesca Rescigno*

*«Tu lascerai ogni cosa diletta
più caramente; e questo è quello strale
che l'arco de lo essilio pria saetta.
Tu proverai sì come sa di sale
lo pane altrui, e come è duro calle
lo scendere e 'l salir per l'altrui scale».*
Dante (Par. XVII, 55-60)

SOMMARIO: 1. L'accoglienza dello straniero e il diritto di asilo: la (non) attuazione di un diritto tormentato. – 2. Le politiche europee sull'immigrazione e l'asilo: un cammino ad ostacoli. – 3. “Il bastone e la carota”: la schizofrenica convivenza delle politiche europee di esternalizzazione delle frontiere con l'Emergency Transit Mechanism e il Resettlement. – 4. Senza asilo cosa resta? I respingimenti e le “acrobazie” garantiste della magistratura. – 5. Uno sguardo in casa d'altri. a) Il caso tedesco. b) Il caso francese. – 6. Riflessioni ed auspici.

1. L'accoglienza dello straniero e il diritto di asilo: la (non) attuazione di un diritto tormentato

Dostoevskij scriveva: *«siamo tutti esuli dal nostro passato»* ma possiamo aggiungere che purtroppo molti lo sono anche dal proprio presente e soprattutto dal proprio futuro, sono coloro che si devono allontanare da una vita incerta e con ben poche speranze per andare incontro ad un destino non sempre favorevole.

Riflettere sul diritto di asilo e sulla protezione internazionale appare oggi più significativo che mai; considerando che le dimensioni degli attuali fenomeni migratori e le loro concrete implicazioni li rendono temi imprescindibili del dibattito sociale e politico.

Effettivamente il tema del diritto di asilo presenta una notevole complessità, tanto da apparire come una specie di ideogramma a cui è possibile attribuire significati diversi poiché tale diritto costituisce una sorta di “diritto primordiale” e non esiste un'unica fattispecie a cui fare riferimento in quanto, ancora oggi, l'asilo presenta carattere relativo ed anche la regolamentazione internazionale non è riuscita a fissare dei principi generali capaci di rimanere fermi nel tempo e nello spazio. L'eterogeneità costituisce dunque il presupposto di

* Professoressa associata di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali - Università di Bologna.

ogni indagine sull'asilo e risulterà più che evidente nelle riflessioni che seguono, ogni volta infatti che sembra poter essere raggiunta una definizione e soprattutto una concreta modalità di protezione di chi fugge dal suo passato e dal suo incerto presente e futuro, le maglie della previsione si slabbrano e si ritorna al punto di partenza come in una sorta di gioco crudele che utilizza le persone come pedine.

Lo studio del diritto di asilo evoca sensazioni quasi “archeologiche” poiché la protezione del perseguitato, così come l'accoglienza dello straniero soprattutto quando debole e indifeso, affondano le loro radici nell'antichità grazie alle connotazioni religioso-sacrali¹ e all'idea di generosità e munificenza dello Stato pronto ad accogliere e proteggere chi fugge².

Il glorioso passato dell'asilo induce i moderni asilanti ad affidarsi ad un mito del diritto che però non sembra più esistere, soggiogato dagli egoismi e dalle preoccupazioni dei singoli Stati. E così, mentre Virgilio non esitava a definire barbaro il Paese che impedisce allo straniero di mettere piede sul proprio lido e lo esorta a temere gli dei, *memores fandi atque nefandi*³, oggi gli Stati si ingegnano per elaborare patti ed accordi volti a dare veste legale a quelli che altro non sono se non veri e propri respingimenti verso Paesi dove non vengono assicurati né garantiti i più elementari diritti di libertà.

Prima di esaminare nello specifico la “non attuazione” del diritto di asilo è opportuno sottolineare che non tutti i fenomeni migratori del nostro tempo possono essere ricondotti alla fattispecie dell'asilo: le figure del rifugiato, del migrante, dello straniero e dell'asilante non sono infatti equivalenti ma identificano (o meglio dovrebbero identificare, poiché nella realtà assai spesso vengono confuse e sovrapposte) situazioni giuridiche ed esigenze differenti, ed è utile ricordare che alla base della richiesta di asilo dovrebbe sempre esserci un reale impedimento nell'esercizio dei diritti fondamentali, delle libertà riconosciute dalle Carte costituzionali democratiche, così come la persecuzione per coloro che di tali libertà intendono servirsi.

1. L'asilo offerto nei luoghi di culto rientra tra i privilegi riconosciuti alla Chiesa sin dall'inizio dell'XI secolo, e viene confermato ufficialmente nel Canone 15 del Concilio Laterano II del 1139. Certamente la più decisa rivendicazione dell'*immunitas loci sacri* è contenuta nella Bolla *Cum Alias* emanata da Gregorio XIV nel 1591 che fissa in una norma canonica l'intera disciplina dell'asilo cristiano.

Per una ricostruzione dell'asilo cristiano cfr. P.G. Caron, *Asilo (diritto canonico e diritto pubblico statale, medioevale e moderno)*, voce *Nov. Dig. It.*, Torino, Unione tipografica, 1958, p. 1038; F. Mastromartino, *Percorsi dell'asilo cristiano. Origine, affermazione e crisi di un istituto giuridico controverso*, in *L'acropoli*, 6, 2010, p. 593.

2. A partire dal XVI secolo il consolidamento degli Stati coincide con la loro volontà di amministrare regole e sanzioni, in tale contesto l'asilo territoriale sostituisce gradatamente quello religioso a dimostrazione del carattere sacro e inviolabile del territorio dei nuovi Stati indipendenti.

Sull'evoluzione dell'asilo al di là del dogma religioso mi si consenta di rimandare a F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Roma, Carocci, 2011, p. 36 ss.

3. Cfr. *Eneide*, Libro I, versi 549 ss.

Della molteplicità di profili di stranieri esistenti tendono ad approfittare i moderni governanti, gelosi custodi della propria sovranità al di là e al di sopra della tutela delle libertà fondamentali. In quest’ottica appare dunque determinante indicare che cosa si intenda per migrazioni e migranti⁴ poiché definire politicamente e concettualmente tali categorie non è un semplice esercizio linguistico ma ha ricadute pratiche sulla vita di coloro che decidono di abbandonare il proprio Paese; inoltre tali catalogazioni sono alla base delle azioni politiche relative alle condizioni d’ingresso, di accoglienza e, soprattutto, di quelle volte ad escludere gli “estranei”⁵. È doveroso altresì sottolineare come la categorizzazione di chi cerca protezione, distinguendo tra rifugiati, migranti economici e asilanti, comporti una snaturante etichettatura degli individui e risponda ad un processo prettamente politico ben distante dall’idea dell’accoglienza *tout court* di chi si trova in una condizione di difficoltà⁶. Ancora, si nota come tali schematizzazioni non appaiano sempre risolutive poiché non è infrequente che un individuo possa passare da una categoria all’altra in seguito a cambiamenti di regime nel Paese di provenienza, e soprattutto questo modo di procedere non dà ragione della complessità delle vite delle persone, che difficilmente possono essere rinchiusi in una sola categoria. Tuttavia queste distinzioni hanno un forte significato giuridico poiché si presenta assai diversamente il destino di un rifugiato da quello di un asilante, o di un migrante per ragioni economiche.

Nel tentativo di fare un po’ di chiarezza si possono almeno tratteggiare i contorni delle diverse situazioni giuridiche riconducibili alla figura di chi cerca protezione e riparo, iniziando da quella del rifugiato protetto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 che circoscrive la sovranità degli Stati aderenti attraverso la previsione di uno *status*, con relativi standard di trattamento, da riconoscere a chi «[...] temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori dal Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi al di fuori del Paese in cui aveva residenza

4. Secondo il Glossario dell’International Organization for Migration (IOM 2019) il termine migrazione (*migration*) definisce: «*The movement of persons away from their place of usual residence, either across an international border or within a State*», mentre il termine migrante (*migrant*): «*An umbrella term, not defined under international law, reflecting the common lay understanding of a person who moves away from his or her place of usual residence, whether within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons. The term includes a number of well-defined legal categories of people [...]; as well as those whose status or means of movement are not specifically defined under international law [...]*».

5. Cfr. E. Carmel - H. Kan, *Expertise, Governing and Migration in Europe*, in A. Weinar - S. Bonjour - L. Zhyznomirska (a cura di), *The Routledge Handbook of the Politics of Migration in Europe*, Londra-New York, Routledge, 2019, p. 73 ss.

6. Cfr. R. Zetter, *More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization*, in *Journal of Refugee Studies* 20, 2007, n. 2, p. 172.

abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra [...]»⁷. La garanzia fondamentale che discende dalla previsione della Convenzione del 1951, così come integrata dal successivo Protocollo del 1967, risiede nel divieto di respingimento del rifugiato «*verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate*» a motivo delle ricordate cause di persecuzione (art. 33). Si evidenzia come la determinazione dello *status* di rifugiato sia di tipo dichiarativo e non costitutivo, per cui lo Stato che esamina la posizione del soggetto nel momento in cui si materializzano le clausole d'inclusione deve essenzialmente verificare la presenza delle condizioni previste dalla Convenzione del 1951 e riconoscere lo *status* di rifugiato qualora tali condizioni siano accertate. Tale procedura, semplice nella sua descrizione, appare però più complessa nella sua attuazione e si evidenziano approcci differenti da parte degli Stati e dell'UNHCR (Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati) per quanto riguarda i criteri applicabili e la loro determinazione per il riconoscimento.

Figure diverse rispetto a coloro che presentano le caratteristiche per ottenere lo *status* di rifugiato sono coloro che lasciano il proprio Paese, o comunque il luogo in cui si erano stabiliti, per ragioni differenti pur essendo tutti comunque accomunati dal legittimo desiderio di cercare condizioni di vita migliori per sé e per la propria famiglia. Il desiderio di potersi garantire una vita più serena dà origine a diverse categorie di persone che a vario titolo chiedono ospitalità in Paesi terzi rispetto a quello di provenienza: può trattarsi di migranti economici, ma anche di migranti che fuggono da eventi bellici, così come, oggi purtroppo in numero sempre crescente, di persone spinte alla migrazione da catastrofi sanitarie, naturali e ambientali⁸. Tutte queste “persone in fuga” non presentano quindi le caratteristiche necessarie per aspirare allo *status* di rifugiato, ma potrebbero forse rientrare nella categoria degli asilanti o cercare soccorso nella protezione sussidiaria, che rappresenta una forma di

7. Nell'art. 1 (B) della Convenzione veniva posto un limite temporale e spaziale, in riferimento ad «*avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa o altrove*», limitazione temporale e geografica successivamente eliminata con il Protocollo del 1967, permettendo che la definizione sopra riportata si applicasse a qualsiasi persona in qualsiasi situazione geografica.

8. L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nella Risoluzione adottata il 19 settembre 2016 contenente la Dichiarazione di New York sui rifugiati e migranti, ha sottolineato come ormai tra le cause delle migrazioni vadano annoverati anche i cambiamenti climatici, i disastri naturali ed altri fattori ambientali. Nella Dichiarazione si afferma infatti: «*Depuis que le monde est monde, les hommes se déplacent, soit pour rechercher de nouvelles perspectives et de nouveaux débouchés économiques, soit pour échapper à des conflits armés, à la pauvreté, à l'insécurité alimentaire, à la persécution, au terrorisme ou à des violations des droits de l'homme, soit enfin en réaction aux effets négatifs des changements climatiques, des catastrophes naturelles (dont certains sont liées à ces changements) ou d'autres facteurs environnementaux*». Su tale Dichiarazione cfr. E. Ruozzi, *La Dichiarazione di New York sui rifugiati e sui migranti: verso un modello condiviso di gestione del fenomeno migratorio?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017 n. 1, p. 24.

Sulle migrazioni collegate ai problemi ambientali cfr. F. Perrini, *Migrazione circolare e tutela internazionale ed europea dei migranti ambientali*, in Federalismi.it, 21 luglio 2017; A. Ciervo, *I rifugiati “ambientali”. Una nuova categoria giuridica di richiedenti asilo?*, in *Rivista Critica Del Diritto Privato*, 2018, n. 3, p. 453.

sostegno destinata a chi non possa o non voglia avvalersi della protezione del proprio Paese in quanto, se vi ritornasse, correrebbe «*un rischio effettivo di subire un grave danno*»⁹; o al limite nella protezione temporanea, *concessa* agli sfollati in casi di afflusso massiccio¹⁰. Si evidenzia, inoltre, che le istituzioni europee possono adottare *misure temporanee* nel caso di emergenze dovute ad afflussi improvvisi di cittadini extraeuropei (art. 78, co. 3, TFUE).

Quasi “smarrito” tra le diverse figure giuridiche ideate per accogliere o (preferibilmente) escludere lo straniero, sopravvive con grandi difficoltà il diritto di asilo costituzionale, diritto che manifesta l’aspirazione universalistica sottesa ai valori di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà, valori su cui lo Stato costituzionale fonda la sua legittimazione¹¹. Il nostro Paese, come noto, fa parte di quegli Stati che hanno deciso di costituzionalizzare il diritto di asilo e lo ha fatto collocandolo tra i principi fondamentali con la previsione del terzo comma dell’articolo 10 che così dispone: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge». L’inserimento in Costituzione del diritto di asilo non è avvenuto senza contrasti, l’accesso dibattito svoltosi in Assemblea Costituente condusse all’affermazione della posizione maggiormente garantista volta ad estendere al massimo la sfera dei possibili beneficiari del diritto di asilo, espungendo qualsiasi riferimento all’atteggiamento ideologico o politico degli stessi beneficiari, ma anche al concreto comportamento delle autorità estere nei loro confronti, richiedendosi solo la sussistenza di un elemento obiettivo e cioè l’impedimento da parte dello Stato estero del godimento dei fondamentali diritti liberal-democratici espressi e garantiti dalla nostra Costituzione¹². La formulazione finale in materia di asilo prescelta dai nostri Costituenti offre dunque la massima garanzia possibile a chi si vede impedito nel proprio Paese l’effettivo godimento dei diritti di libertà, uscendo anche dallo stretto vincolo della cittadinanza al fine di assicurare il godimento dei diritti di libertà a chiunque non possa goderne nel Paese di provenienza¹³. L’impedimento a cui si

9. Per «grave danno» si intende ad esempio la possibilità di essere condannato a morte, o sottoposto a torture o ad altri trattamenti inumani o degradanti, ancora la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona a causa di violenza indiscriminata in contesti bellici.

10. Rispetto a tale fattispecie cfr. la Direttiva 2001/55/CE, recepita nel nostro Paese dal d.lgs. n. 85/2003.

11. Così come ci ricorda P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2005.

12. Sulla ricostruzione del dibattito costituzionale concernente il diritto di asilo cfr. C. Esposito, *Asilo (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 222; A. Cassese, *Art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 526 ss., Camera dei Deputati (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, Roma, 1976, vol. VI.

13. Dal punto di vista soggettivo il nostro diritto di asilo costituzionale si riferisce allo straniero in senso lato, comprendendo non solo i cittadini di altri Paesi ma anche gli apolidi. Non sembrano invece rientrare nella nozione di straniero i *cittadini europei* in virtù di una sorta di presunzione legale che obbliga ciascuno Stato membro a considerare gli altri *partners* quali «Paesi sicuri» (in tal senso cfr. Protocollo n. 24 sull’asilo per i cittadini degli Stati membri allegato al TFUE). Dal punto di vista oggettivo l’asilo appare legato alla libera fruizione di quei diritti di libertà che costituiscono

riferisce il testo costituzionale potrebbe riguardare sia l'insieme dei diritti di libertà, ma anche una sola di tali libertà¹⁴ la cui mancanza risulti insostenibile per la realizzazione della personalità, come ad esempio nel caso dell'impedimento della possibilità di vivere liberamente la propria identità sessuale¹⁵. In tale senso si colloca la previsione della Convenzione del Consiglio d'Europa siglata nel 2011 a Istanbul, concernente «*La prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*», quando prevede che gli Stati contraenti riconoscano la violenza sessuale e domestica tra i parametri per poter concedere lo *status* di rifugiata o quello di asilante.

Il diritto d'asilo è dunque un diritto fondamentale, ma esso presenta un'intrinseca debolezza poiché non può esistere asilo senza uno Stato, senza un'autorità superiore che assicuri la protezione. Il diritto d'asilo convive con il concetto di sovranità statale, per cui la concessione di asilo da parte di uno Stato non potrà considerarsi un illecito internazionale¹⁶, così come, allo stesso tempo, non può ritenersi esistente un vero e proprio obbligo di accoglienza gravante sugli Stati¹⁷.

È quindi evidente la natura complessa del diritto di asilo in cui convergono l'aspetto personale, cioè la rivendicazione di colui che chiede di essere protetto e di accedere al godimento dei diritti fondamentali, e la posizione dello Stato che materialmente deve accogliere l'individuo e assicurargli il godimento delle libertà fondamentali. Questa

l'intelaiatura stessa della nostra Costituzione repubblicana. La menomazione delle libertà democratiche deve assumere un carattere generale, nel senso che non si verifica limitazione quando si ha una semplice attenuazione del godimento, oppure una temporanea ed eccezionale sospensione delle garanzie costituzionali in caso di emergenza (basti pensare alle notevoli limitazioni nel godimento di alcuni diritti inviolabili derivanti dai provvedimenti anti-Covid adottati pressoché ovunque nel momento della massima diffusione del virus), o per situazioni contingenti che paradossalmente, comportano la limitazione dei diritti proprio al fine della loro stessa protezione, sebbene parte della dottrina sostenga che «*l'asilo deve essere concesso non solo quando le libertà fondamentali (è sufficiente che taluna fra le più importanti lo sia) sono conculcate sistematicamente nel Paese d'origine, ma anche quando lo sono per effetto di "emergenze" che hanno il carattere di mera provvisorietà*» (cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 35).

14. In tal senso cfr. P. Bonetti, *Il diritto d'asilo*, in B. Nascimbene, (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 1140 e M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007, p. 65.

15. Si ricorda che gli atti omosessuali tra adulti consenzienti anche se consumati in privato sono puniti con la pena di morte in diversi paesi. Sette gli Stati in cui la pena di morte viene applicata attivamente, cinque a livello nazionale (Brunei, Iran, Arabia Saudita, Yemen e Sudan) e due in determinate province (Somalia e Nigeria). A questi si aggiungono quegli Stati che pur prevedendo la pena di morte per comportamenti omosessuali (Afganistan, Pakistan, Qatar, Emirati Arabi e Mauritania) preferiscono, nella pratica, comminare pene inferiori.

16. In proposito cfr. Dichiarazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale adottata nel 1967, articolo 1, comma 1: «*L'asile accordé par un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, à des personnes fondées à invoquer l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, y compris celles qui luttent contre le colonialisme, doit être respecté par tous les autres Etats*».

17. «*Sul piano del diritto internazionale generale si deve rilevare la totale assenza di norme che pongano allo Stato delle limitazioni, dirette o indirette, alla sua libertà di accordare o di non accordare asilo entro il proprio territorio*», così scrive M. Giuliano, *Asilo (diritto di)*, *Diritto internazionale*, Voce in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 206.

complessità rappresenta la fragilità del diritto d'asilo sempre più in balia delle schizofreniche affermazioni di sovranità dei singoli Stati, e per questo probabilmente destinato all'oblio.

Da questa debolezza derivano forme di accoglienza "alternative" come la protezione internazionale e la protezione sussidiaria, che offrono copertura alla gran parte delle richieste di accoglienza, finendo così per sostituirsi all'asilo. Questa surrogazione "strisciante" deve far riflettere poiché l'asilo non è solo un diritto ma una vera e propria pratica umanitaria volta a consentire che ogni singolo individuo possa effettivamente esercitare i propri diritti essenziali per lo sviluppo della personalità e dell'integrità psico-fisica, e per questo difficilmente sostituibile.

2. Le politiche europee sull'immigrazione e l'asilo: un cammino ad ostacoli

La disamina delle forme di accoglienza evidenzia la difficoltà di espressione di un diritto fondamentale che finisce per essere rimesso alla totale discrezionalità degli Stati. Considerando le differenze e le criticità degli Stati stessi nella gestione di chi chiede aiuto ci si domanda se la prospettiva possa cambiare ampliando l'orizzonte di riferimento esaminando un insieme di Stati democratici come dovrebbe essere l'Unione europea¹⁸. In tale ottica la ricostruzione dei sistemi di accoglienza inizia necessariamente con l'esame della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) del 1950 e soprattutto con l'interpretazione che di essa ha fornito la Corte europea. In realtà la Convenzione non prevede esplicite disposizioni in materia di asilo o rifugio, contenendo un unico riferimento indiretto nel IV Protocollo, articolo 2, paragrafo 2, che afferma il diritto dell'individuo di lasciare qualsiasi Paese compreso il proprio, mentre l'articolo 4 vieta agli Stati la possibilità di procedere con espulsioni collettive di stranieri. In ogni caso, malgrado questo vuoto, la Convenzione produce effetti significativi anche in materia di asilo grazie all'interpretazione dell'articolo 3 fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che collega tale previsione al divieto di allontanamento, per cui il divieto di tortura e di trattamenti degradanti ivi previsto viene interpretato dalla Corte europea quale limite alla possibilità di espulsione, respingimento, estradizione, *refoulement* o allontanamento degli stranieri da

18. In generale per una prima disamina della gestione dell'asilo in Europa cfr. L. Grasso, *L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in *Diritto Pubblico Comparato e Europeo*, 2012, n. 4, p. 1497; E.A. Imperato, *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*, in *AIC, Osservatorio Costituzionale*, <https://www.osservatorioaic.it/>, novembre 2014, 1; C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 2, p. 361; C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/>, 2018, n. 2, p. 28.

parte degli Stati membri¹⁹, legando la responsabilità dello Stato al rischio di violazione dei diritti fondamentali che l'individuo può correre nello Stato terzo. Responsabilità riconosciuta indipendentemente dal fatto che i maltrattamenti si siano effettivamente verificati²⁰ anche perché la Corte europea di norma valuta la questione a priori, non potendo quindi collegare la responsabilità dello Stato all'avverarsi o meno dei maltrattamenti²¹. Anche se la CEDU è un trattato internazionale sui diritti umani e quindi non strettamente riconducibile alla produzione giuridica della sola Unione europea, si evidenzia come la Corte di Strasburgo abbia instaurato da lungo tempo un proficuo dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea elaborando norme sostanziali che incidono su gran parte del continente. In particolare, rispetto alla fattispecie dell'asilo e del trattamento dello straniero, entrambe appaiono particolarmente attive e sostanzialmente orientate in senso *immigration-friendly*. Così la giurisprudenza della Corte EDU ha garantito una protezione indiretta del diritto di asilo, per cui il diritto di *non-refoulement* e il divieto di allontanamento per coloro che corrono il rischio di subire atti di tortura o trattamenti crudeli costituiscono un divieto assoluto senza alcuna possibilità di eccezioni e tale principio è stato oggetto di un'interpretazione «dinamica ed evolutiva»²². Il divieto derivante dall'articolo 3 è stato ritenuto operante anche nei casi di c.d. *refoulement* indiretto, quando sussista il pericolo che

19. Cfr. art. 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali «Proibizione della tortura. Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

20. Nella sentenza *Vilvarajah c. Regno Unito*, nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, del 30 ottobre 1991, *Series A*, n. 215, par. 107, la Corte europea infatti afferma che: «since the nature of the Contracting States' responsibility under Article 3 (art. 3) in cases of this kind lies in the act of exposing an individual to the risk of ill-treatment, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the expulsion». In questo senso anche la decisione *Soering c. Regno Unito*, par. 88. Al riguardo cfr. S. Borelli, *Allontanamento dello straniero dal territorio e norme internazionali per la tutela dei diritti umani*, in L. Zagato (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, Cedam, 2006, p. 99, e in particolare p. 106 ove l'autore sottolinea «...quando i diritti potenzialmente violati sono diritti di importanza fondamentale, l'allontanamento dell'individuo dal territorio è vietato non solo, ovviamente, qualora la potenziale violazione potrebbe essere commessa dalle autorità dello Stato di destinazione, ma anche nel caso in cui le autorità di tale Stato non possano o non vogliano garantire all'individuo in questione un'efficace protezione contro violazioni perpetrate da soggetti privati».

21. Si segnala come prima del 2004 la Corte di Strasburgo si era espressa a favore dei richiedenti che invocavano l'applicazione dell'articolo 3 solo nel 33% dei casi mentre dopo il 2004 la Corte si è espressa favorevolmente nei confronti dei richiedenti asilo nell'80% dei casi. L'articolo 3 esprime un divieto assoluto che non ammette alcuna giustificazione o limitazione, né deroga in base all'articolo 15 della stessa Convenzione, neppure in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la nazione. Sull'operato della Corte cfr. C.M. Tolley, *Judicialization of Politics in Europe: Keeping Pace with Strasbourg*, in *Journal of Human Rights* 2012, 11, n. 1, p. 66.

22. Come dimostra il caso *Saadi c. Italia* e come la definisce l'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni della causa *C-465/07 M. Egafaji contro Staatssecretaris*, del 9 settembre 2008, ove afferma: «Dal punto di vista della dinamicità, occorre sottolineare che l'interpretazione dell'articolo 3 della CEDU non è stata lineare e che al momento la Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce a tale articolo un contenuto e quindi una portata più ampi. Inoltre, l'interpretazione di tale norma è soggetta ad evolvere e non dovrebbe quindi essere considerata come immutabile».

il Paese intermedio, non applicando la legislazione in materia di asilo conformemente ai principi convenzionali, possa rinviare il migrante in un territorio a rischio.

Un reale interesse europeo in materia d'asilo comincia a maturare dalla metà degli anni '80, in un momento di forti cambiamenti dovuti alla fine della guerra fredda, all'espandersi del sistema delle comunicazioni e dei trasporti, ed anche a causa dei numerosi conflitti civili presenti in varie zone del mondo, condizioni che hanno come conseguenza un considerevole aumento dei flussi migratori²³ in una situazione economica europea alquanto precaria che induce gli Stati europei ad intraprendere politiche di contingentamento dei flussi di immigrazione precedentemente incentivati nel momento della ripresa economica del secondo dopoguerra. Questa situazione porta ad un sovraccarico dei sistemi d'asilo nazionali, poiché, insieme a coloro che fuggono da vari tipi di persecuzione, anche molti migranti per motivi economici preferiscono tentare la via dell'asilo piuttosto che scontrarsi con le notevoli complessità dei visti di ingresso nei Paesi europei. L'interesse europeo verso la materia dell'immigrazione e dell'asilo è quindi inevitabilmente andato aumentando, tanto che già nel Consiglio europeo di Roma del 1990 si parla di *armonizzazione del diritto d'asilo*²⁴. Sempre nel 1990 venivano adottati due pilastri fondamentali per l'Unione: la Convenzione di Dublino, che può considerarsi effettivamente il primo passo concreto verso l'armonizzazione delle politiche in materia di immigrazione²⁵, e la Convenzione di Schengen²⁶.

Molti anni dopo è il Trattato di Lisbona del 2009 a rendere le politiche sull'immigrazione e sull'asilo un ramo del diritto europeo, un sistema alquanto peculiare, poiché da un lato si trova l'esplicito rinvio dell'articolo 78 TFUE alla Convenzione di Ginevra del 1951 quale conferma dell'adesione dell'Unione all'ispirazione umanitaria, universalistica e solidaristica della comunità internazionale, e dall'altro tale ispirazione convive con le stringenti regole elaborate con il sistema Dublino sostanzialmente indirizzato

23. Cfr. I. Boccardi, *Europe and refugees, Towards an EU Asylum Policy*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.

24. Le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 1990 sono consultabili in <https://www.consilium.europa.eu/media/20535/1990-dicembre-roma-it>, in particolare si legge: «Il Consiglio europeo ha preso visione delle relazioni sull'immigrazione e chiede al Consiglio "Affari generali" e alla Commissione di valutare quali siano le misure e le azioni più appropriate in fatto di assistenza ai Paesi di emigrazione, di requisiti per l'entrata e di aiuto all'integrazione sociale, tenendo conto in particolare della necessità di una politica armonizzata in materia di diritto di asilo».

25. Convenzione di Dublino sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee (Convenzione di Dublino, GUCE 1997 no. C 254/1).

26. Con l'accordo di Schengen, firmato il 14 giugno 1985, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi hanno deciso di eliminare progressivamente i controlli alle frontiere interne e di introdurre la libertà di circolazione per tutti i cittadini dei Paesi firmatari, di altri Paesi dell'Unione europea (UE) e di alcuni Paesi terzi. La Convenzione di Schengen completa l'accordo e definisce le condizioni e le garanzie inerenti all'istituzione di uno spazio di libera circolazione. Firmata il 19 giugno 1990 dagli stessi cinque Paesi, è entrata in vigore nel 1995. L'accordo e la Convenzione, nonché gli accordi e le regole connessi, formano l'«*acquis* di Schengen», che è stato integrato nel quadro dell'Unione europea nel 1999 ed è diventato legislazione dell'UE (GUCE 2000 no. L. 239/19).

alla protezione della “fortezza” Schengen²⁷. Il sistema Dublino stabilisce i criteri e i meccanismi per determinare quale Stato membro sia responsabile dell’esame di una domanda di asilo e le sue previsioni mirano a consentire un accesso rapido alla procedura di asilo e a garantire che una domanda sia esaminata nel merito da un unico Stato membro. Da ultimo, il 1° gennaio 2014 è entrato in vigore il Regolamento Dublino III, che conferma il divieto di presentare domanda di asilo in più di uno Stato membro e prevede che la richiesta sia esaminata nel primo Paese d’ingresso nell’Unione. Tra le novità positive: l’ampliamento dei termini per il ricongiungimento familiare, la possibilità di fare ricorso contro un ordine di trasferimento e maggiori tutele per i minori. La nuova previsione si concentra particolarmente sulla regola ai sensi della quale «una domanda d’asilo è esaminata da un solo Stato membro» e sulla creazione del database Eurodac²⁸. Il sistema è pensato per affidare il ruolo di “filtro” ai Paesi frontalieri, come conferma l’esistenza di una clausola di chiusura, prevista tanto dalla Convenzione originale quanto dai successivi regolamenti, ai sensi della quale, se non può essere individuato un Paese competente applicando i criteri previsti dal testo, allora risulta competente il Paese di primo approdo²⁹. In tal modo la responsabilità della grande maggioranza delle domande di asilo insiste su un numero ristretto di Stati membri, generando un sistema difficilmente sostenibile ed acuendo gli egoismi nazionali, senza comunque garantire adeguata protezione ai richiedenti asilo, spesso costretti ad aspettare anni prima che le loro richieste siano esaminate.

Le carenze del sistema europeo di accoglienza sono emerse decisamente a partire dal 2015 con le c.d. Primavera Arabe e soprattutto in seguito alle violenze perpetrate in Siria che hanno fatto aumentare notevolmente il numero di domande di asilo nei Paesi dell’Unione, incapace di realizzare un’effettiva condivisione degli oneri di accoglienza tra gli Stati membri³⁰. La crisi migratoria ha destabilizzato il meccanismo del Regolamento Dublino

27. Il sistema Dublino si articola: nella Convenzione di Dublino del 1990, poi sostituita dal Regolamento n. 343 del 2003 e da ultimo dal Regolamento n. 604 del 2013. Sulla definizione della “fortezza” Schengen cfr. B. Nascimbene, *Dopo Schengen*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1997, p. 505.

28. Il database Eurodac (*European dactyloscopie*) è un archivio con le impronte digitali dei richiedenti asilo e delle persone fermate mentre cercavano di varcare illegalmente una frontiera esterna dell’Unione. Confrontando i dati, gli Stati possono capire se un richiedente asilo ha già presentato domanda in un altro Paese.

29. L’articolo 8 della Convenzione prevedeva: «Se lo Stato membro competente per l’esame della domanda di asilo non può essere designato in base agli altri criteri previsti nella presente Convenzione, l’esame della domanda di asilo è di competenza del primo Stato membro al quale essa è stata presentata»; tale previsione è poi stata riportata pressoché identica in Dublino II (articolo 13) e Dublino III (articolo 3).

30. In merito al sostanziale fallimento del Sistema Dublino cfr. C. Favilli, *La crisi del sistema Dublino: quali prospettive?*, in M. Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea. Diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 279 e F. Maiani, *The reform of the Dublin system and the dystopia of “sharing people”*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 24, 2017, n. 5, p. 622.

III tanto da indurre ad una sua sospensione e a procedere alla ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale che si trovavano in Italia e Grecia verso altri Paesi membri³¹.

Nel 2015 venne varato il nuovo programma della Commissione per affrontare la questione migratoria³²; in questa nuova *Agenda on Migration* si delineano gli interventi immediati per fronteggiare l'emergenza ma anche per «*affrontare le cause profonde delle migrazioni servendo[si] del ruolo dell'UE sulla scena mondiale*». Si ricorse quindi al potenziamento delle operazioni congiunte *Triton* (che è andata a sostituire l'operazione italiana *Mare Nostrum*), *Poseidon* (in Grecia) e *Frontex* al fine di salvare il maggior numero di vite umane in mare mentre si affermava la volontà di contrasto delle reti criminali di trafficanti migliorando il coordinamento fra *Frontex* ed *Europol*; ed ancora, si cercava di fronteggiare l'aumento dei migranti attraverso la loro ricollocazione tramite il sistema di risposta di emergenza previsto dall'articolo 78 (3) del TFUE, «*prevedendo un meccanismo temporaneo di distribuzione delle persone con evidente bisogno di protezione internazionale in modo da garantire la partecipazione equa ed equilibrata di tutti gli Stati membri allo sforzo comune*».

La crisi del 2015 e gli squilibri tra i Paesi europei nella ricezione dei profughi hanno evidenziato la necessità di adottare nuove regole europee comuni, tuttavia l'Unione anziché procedere in questo senso ha preferito muoversi utilizzando principalmente due strumenti, e cioè da un lato le politiche di rimpatrio e riammissione dei cittadini di Paesi terzi (*Third Country Nationals*, TCNs) nei loro Paesi di origine e, dall'altro, l'ancor più discutibile esternalizzazione delle politiche migratorie ed in particolare dei controlli alle frontiere, coinvolgendo Paesi terzi nella gestione dei flussi migratori. Le due pratiche sono strettamente connesse poiché l'esternalizzazione delle politiche migratorie e del controllo delle frontiere appare quale diretta conseguenza del fallimento del sistema dei rimpatri disciplinati dalla Direttiva Rimpatri 2008/115/CE, ai sensi della quale ogni straniero che soggiorni in modo irregolare è soggetto ad una decisione di rimpatrio, a meno che non possa essere ammesso da un altro Stato membro. Il processo di rimpatrio è graduale e prevede

31. Prima ancora la regola di Dublino era stata sospesa in base ad una circolare dell'Ufficio federale tedesco per l'immigrazione e i rifugiati (Ministero degli interni), adottata il 21 agosto 2015. La circolare, che conteneva le linee guida sul trattamento delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini siriani, stabiliva che tali domande dovevano essere esaminate secondo il procedimento nazionale di asilo invece che in base al Regolamento Dublino III. Nel momento della crisi furono anche reintrodotti, seppur temporaneamente, i controlli alle frontiere interne da alcuni Paesi come Germania, Austria, Danimarca e Svezia, mettendo a repentaglio l'essenza stessa del sistema Schengen, e intanto il mondo assisteva impotente alle terribili immagini delle morti dei migranti e richiedenti asilo in mare ai confini meridionali dell'Unione (impossibile dimenticare la notte del 18 aprile 2015, quando un peschereccio eritreo affondò nel Canale di Sicilia, nel naufragio persero la vita dalle 700 alle 900 persone, e solo 28 migranti furono tratti in salvo).

32. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione del 13 maggio 2015 è consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT>.

diverse ipotesi che vanno dalla partenza volontaria, al trattenimento con accompagnamento alla frontiera³³. Questo sistema però ha dimostrato da subito i suoi limiti³⁴ inducendo l'Unione a dirigersi verso l'esternalizzazione delle politiche migratorie, pratica che consiste nella cooperazione con Paesi terzi di transito dei flussi migratori, per cui uno Stato utilizza il territorio di un altro Stato, con o senza l'assistenza di organizzazioni internazionali, per gestire una richiesta di asilo che il richiedente ha già presentato sul suo territorio o avrebbe presentato se non fosse stato intercettato lungo il percorso. Così facendo, tramite l'esternalizzazione, è possibile limitare decisamente l'accesso nel territorio dell'Unione³⁵ realizzando in pratica una sorta di *neo-refoulement* volto alla "prevenzione" dell'ingresso³⁶) A partire dalle conclusioni del Consiglio europeo del 15 dicembre 2016³⁷, l'Unione europea ha progressivamente individuato nella Libia l'interlocutore principale per garantire una diminuzione dei flussi migratori, attraverso un controllo più stringente delle frontiere marittime e terrestri³⁸. Il consolidamento della cooperazione con la Libia in materia di

33. Sul sistema dei rimpatri cfr. C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, 2009, n. 2.

34. Nel novembre 2019 la Corte dei Conti dell'Unione europea ha sottolineato il fallimento della politica dei rimpatri affermando che «i sistemi di ricollocazione di emergenza dei migranti non hanno conseguito i valori-obiettivo fissati ed hanno raggiunto solo in parte il principale obiettivo di alleviare la pressione in Grecia ed in Italia». Gli Stati membri si sono giuridicamente impegnati a ricollocare 98.256 migranti, contro un valore-obiettivo iniziale di 160 mila, quindi ridimensionando drasticamente le ambizioni originarie, ed in definitiva, al 2019 sono state solamente 34.705 le persone ricollocate. La Corte dei Conti UE ha sottolineato che «La procedura di frontiera accelerata per l'esame delle domande di asilo non è abbastanza rapida: nel 2018, invece di pochi giorni, ce ne sono voluti in media 215 dalla domanda alla relativa decisione di primo grado». Un elemento questo che ha portato a maggiori difficoltà nella ricollocazione. I rimpatri sono pochi e non funzionali alle esigenze dei Paesi europei per una serie di motivi che vanno dalle lunghe procedure di asilo, all'assenza di sistemi integrati di gestione dei casi di rimpatrio, al mancato riconoscimento reciproco e mancata registrazione sistematica delle decisioni di rimpatrio, alla insufficiente capienza dei Centri di trattenimento, alla difficile cooperazione con il Paese di origine dei migranti, fino alla fuga dei migranti dopo l'adozione della decisione di rimpatrio.

35. Esempio di questa modalità di azione è l'Accordo UE-Turchia del 18 marzo 2016. La riduzione dei flussi migratori è stata particolarmente sottolineata dalla Commissione europea inducendola a standardizzare il modello sviluppato con la Turchia estendendolo ad altri Paesi. In tale ottica, l'esternalizzazione si è indirizzata anche coinvolgendo alcuni Paesi oltre le coste mediterranee, giungendo nella fascia sahel-sahariana spostando di conseguenza i confini di intercettazione dei flussi migratori.

36. In tal senso cfr. J. Hyndman - A. Mountz, *Another Brick in the Wall? Neo-refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe*, in *Government and Opposition*, 2008, n. 2, p. 249.

37. Disponibili in www.consilium.europa.eu/media/21917/15-euco-conclusions-final-it.pdf.

38. Si ricorda che il 2 febbraio 2017, il nostro Paese ha firmato con la Libia un *Memorandum of understanding* (*Memorandum d'intesa sulla «Cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento delle sicurezza delle frontiere»*, 2 febbraio 2017. Disponibile su www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf) con cui ci siamo impegnati a contribuire allo sviluppo delle capacità di sorveglianza della frontiera e al rafforzamento del sistema di Centri di detenzione per migranti attraverso supporto logistico, finanziario e tecnologico, mentre il Governo libico si impegna a sviluppare – con il sostegno dell'Italia – un sistema di controllo del confine marittimo e terrestre. Si tratta di un sistema di controllo delle frontiere "esternalizzato", basato sui cd. *push backs by proxy* o "respingimenti delegati", cioè una evoluzione della pratica dei respingimenti diretti verso la Libia, dichiarata illegittima dalla Corte EDU con la sentenza sul caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012 (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/2009, 23 febbraio 2012). Questa intesa ha comportato una drastica riduzione degli sbarchi in Italia, ma la perdurante instabilità politica della Libia e i

esternalizzazione è stato confermato anche nelle conclusioni del Consiglio europeo del 26 giugno 2018, che hanno individuato nella neonata Guardia costiera libica un interlocutore istituzionale all'interno del Governo di unità nazionale di Al-Sarraj, destinatario, per questo suo ruolo strategico, di interventi e finanziamenti europei³⁹.

L'esternalizzazione delle politiche migratorie solleva dubbi giuridici ed etici, poiché l'idea che l'Unione "appalti" le proprie responsabilità di protezione internazionale potrebbe indurre a ritenere fungibili gli obblighi internazionali di protezione dei rifugiati ed anche indebolire l'Unione stessa rispetto a Paesi terzi pronti a lucrare sulle difficoltà dei migranti, senza dimenticare che le pratiche utilizzate per "dissuadere" gli arrivi non sempre possono essere considerate umanitarie⁴⁰.

Mentre questo contributo era in via di pubblicazione è stato presentato dalla Commissione europea il nuovo Patto sull'immigrazione e l'asilo⁴¹, un piano di riforme che prevede una serie di cambiamenti ambiziosi basati sostanzialmente su quattro pilastri. Innanzitutto, rispetto al tema dell'asilo si propone il superamento del Sistema di Dublino attraverso l'introduzione di nuove forme di solidarietà al fine di diminuire la pressione migratoria nei Paesi di primo arrivo, una solidarietà basata principalmente, ma non esclusivamente, sulla redistribuzione dei richiedenti asilo sul territorio europeo, allontanandosi dal modello fallimentare delle quote obbligatorie del 2015. In secondo luogo, si propone il perfezionamento dei programmi di ritorno e riammissione dei migranti irregolari nei paesi di origine attraverso una maggiore cooperazione sia con i Paesi di origine, che con quelli di transito. Ancora, il Patto prospetta l'adozione di un approccio sostenibile e permanente nella gestione delle operazioni di ricerca e salvataggio in mare, al fine di scongiurare le tragiche morti nel Mediterraneo. Infine, si prevede di rafforzare la

metodi da essa utilizzati hanno aperto molti dubbi in merito a violazioni dei diritti umani. Malgrado le proteste di diverse associazioni, nonché la petizione presentata da sette donne giuriste al Parlamento italiano, il *Memorandum* è stato rinnovato per altri tre anni nel febbraio 2020. La petizione presenta una serie di richieste alle nostre Camere: la prima riguarda i rapporti dell'Italia con la Guardia costiera di Tripoli rispetto alla quale si chiede la sospensione immediata di qualsiasi forma di supporto poiché le sue attività «*contribuiscono direttamente a incrementare il numero dei naufraghi – migranti e rifugiati – intercettati in mare per essere ricondotti nei Centri di detenzione*», ancora vengono richiamate le sofferenze subite da uomini, donne e bambini in Libia per chiedere innanzitutto di «*garantire ai minori e, in particolare, alle donne, alle ragazze, alle bambine migranti e rifugiate, in quanto esposte, più di ogni altro gruppo vulnerabile, a indicibili forme di violenza nei Centri di detenzione libici, le cure fisiche e psicologiche necessarie, trasferendo i primi e le seconde, non appena evacuati, in strutture dedicate all'Unione europea*». Sulla petizione cfr. https://www.huffingtonpost.it/entry/i-campi-libici-sono-un-inferno-i-migranti-siano-evacuati-subito-la-petizione-delle-giuriste-al-parlamento_it.

39. Disponibili in www.consilium.europa.eu/media/35947/28-euco-final-conclusions-it.pdf.

40. Sulla pratica dell'esternalizzazione e relativi dubbi cfr. C.L. Cecchini - G. Crescini - S. Fachile, *L'inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli "effetti collaterali" nell'ambito dell'esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in questa *Rivista*, n. 2.2018; Aa.Vv., Obiettivo 2, *Le nuove frontiere dei diritti umani, al tempo dell'esternalizzazione delle frontiere italiane ed europee*, in *Questione Giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/rivista/>, n. 1, 2020, p. 136 ss.

41. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-screening-third-country-nationals_en.pdf.

lotta all'immigrazione irregolare ed al traffico di esseri umani attraverso il potenziamento della Guardia di frontiera e costiera europea (Frontex). La volontà della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, che già appena eletta aveva manifestato questo suo intendimento, è quella di realizzare finalmente un equilibrio tra solidarietà e responsabilità nella complessa gestione dei flussi migratori. In effetti il Patto prevede l'introduzione di una nuova forma di solidarietà: la «sponsorship dei rimpatri», che dovrebbe permettere a uno Stato membro poco propenso ad accogliere i richiedenti asilo di organizzare il rimpatrio delle persone a cui è stato negato l'asilo. Naturalmente il successo di questa nuova proposta dipende dal superamento delle enormi divergenze fra Stati membri, che da anni bloccano ogni tentativo di riforma, soprattutto rispetto al nodo cruciale della redistribuzione dei richiedenti asilo osteggiata dai Paesi del gruppo di Visegrád (Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovacchia) e da Estonia, Lettonia e Slovenia. Il patto, che ha sollevato molti dubbi da parte delle associazioni che da tempo si occupano di migranti, passa ora all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio, e probabilmente le due istituzioni avranno approcci differenti con gli Stati membri che cercheranno di renderle ancora più flessibili e adattabili alle proprie esigenze, mentre gli eurodeputati proveranno a reintrodurre il rispetto del diritto di asilo. Il tutto viene reso ancora più problematico dalla pandemia di Covid-19 che ha sconvolto l'agenda politica europea e che probabilmente dilazionerà di molto i tempi di una discussione in materia.

3. “Il bastone e la carota”: la schizofrenica convivenza delle politiche europee di esternalizzazione delle frontiere con l'Emergency Transit Mechanism e il Resettlement

È interessante evidenziare come l'Unione europea non abbia elaborato unicamente politiche di chiusura ma, già a partire dall'agenda europea sulle migrazioni del maggio 2015, parallelamente al rafforzamento delle politiche di controllo delle frontiere, si siano cercate altre strade individuando nel reinsediamento o *resettlement* una possibile via di ingresso sicura, azionabile attraverso l'*Emergency Transit Mechanism* (ETM) che consente il reinsediamento dei rifugiati evacuati dalla Libia, permettendo all'UNHCR di mettere in salvo un numero più elevato di persone, grazie alla struttura di transito e partenza (*Gathering and Departure Facility*) aperta a Tripoli. L'atteggiamento appare ai limiti della schizofrenia, poiché, se da un lato l'esternalizzazione delle frontiere aumenta inevitabilmente il numero dei rifugiati “ospitati” nei Centri libici, dall'altro l'ETM e il *resettlement* consentono di trasferire i rifugiati che non possono tornare nel proprio Paese, indirizzandoli verso uno Stato differente da quello in cui avevano cercato di arrivare e che aderisce volontariamente al programma di reinsediamenti mettendo a disposizione una quota definita di posti per l'accoglienza, quota che alcuni Stati offrono regolarmente consentendo di stabilirsi in permanenza sul proprio territorio, mentre altri preferiscono il reinsediamento

su base individuale⁴². Quello dei reinsediamenti è un canale di immigrazione regolare e sicuro che consente, anche a chi ha già ottenuto asilo in campi dove non sono assicurate sicurezza e protezione legale, di muoversi verso condizioni migliori⁴³; tramite queste soluzioni è possibile incidere sul traffico di esseri umani, rispettando al contempo le scelte dei singoli Stati che stabiliscono quanti rifugiati accogliere controllando il possesso dei requisiti per l'ingresso legale sul loro territorio. In tale ottica l'ETM e il *resettlement* rappresentano un elemento fondamentale dell'approccio integrato alla migrazione e la loro importanza è progressivamente aumentata, così se nell'Agenda sulle migrazioni del 2015 il *resettlement* si profilava come uno strumento del tutto eccezionale e residuale, già nel 2017 si afferma quale strumento centrale nella gestione dell'immigrazione e la stessa Commissione europea nell'aggiornamento del marzo del 2018 sostiene che «*Following the Commission's Recommendation of September 2017, the new scheme for at least 50.000 persons in need of international protection to be resettled by 31 October 2019, supported by EUR 500 million from the EU budget, will give a further boost to EU resettlement efforts*»⁴⁴.

Un'ultima misura a cui accennare, in quanto volta a consentire a chi chiede protezione di accedere al territorio dell'Unione europea in maniera legale e sicura, è il rilascio di visti umanitari⁴⁵. Nell'ambito dell'Unione il visto per motivi umanitari è regolato dal Codice dei visti, che disciplina le condizioni e le procedure per il rilascio di visti per il transito o il soggiorno di breve durata nel territorio degli Stati aderenti all'area Schengen. In presenza di determinate circostanze, tuttavia, il Codice consente di derogare ai requisiti generali di rilascio di un visto uniforme, come tale valido per il territorio di tutti gli Stati dell'area Schengen, e di fare ricorso a una particolare categoria di visto avente invece validità territoriale limitata (VTL). Tale visto è valido per il solo territorio dello Stato che lo ha rilasciato, anche se, naturalmente con il consenso di altri Stati, può valere per più Paesi dell'area Schengen. In pratica con il visto umanitario si consente ad un cittadino di Paese terzo di avanzare una richiesta di visto basata su motivi umanitari al di fuori dell'Unione

42. In generale sul *Resettlement* cfr. UNHCR, *Resettlement Handbook*, Geneva, 2011.

43. L'UNHCR opera per promuovere e mettere in pratica in modo efficiente questa soluzione. Negli ultimi cinquant'anni, centinaia di migliaia di rifugiati – soprattutto ungheresi, cileni, ugandesi, vietnamiti e bosniaci – hanno potuto reinsediarsi grazie all'assistenza dell'UNHCR in una decina di Paesi di reinsediamento "storici", che prevedono quote annuali per questi progetti.

44. Questa trasformazione ha comportato una crescita delle risorse economiche stanziare dalla Commissione europea per l'UNHCR affinché possa rendere effettivi i due meccanismi. Nell'ambito delle politiche di *resettlement* si segnala che, lo scorso 29 febbraio, la Norvegia ha accolto 600 richiedenti africani facenti parte di un gruppo di 800 evacuati in Ruanda da un Centro di detenzione in Libia. Il gruppo fa parte delle prestabilite 3.000 persone per il 2020, esclusivamente provenienti dai campi di accoglienza dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati. Nel 2019 è stato siglato l'accordo tra l'African Union (AU) e il Commissariato delle Nazioni Unite per reinsediare le persone detenute in Libia mentre cercavano di raggiungere l'Europa.

45. Sulla problematica dei visti per motivi umanitari si veda la precisa ricostruzione di F.L. Gatta, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Dirittifondamentali.it*, <http://dirittifondamentali.it/>, 2019, n. 1, p. 1.

europea, presso un'ambasciata o un posto diplomatico di uno Stato membro, quindi, ottenuto il visto, di viaggiare in piena sicurezza e legalità verso lo Stato in questione per poi presentare domanda d'asilo una volta raggiunto il suo territorio. In questo senso il visto umanitario si distingue da altre soluzioni di accesso legale, in quanto solo una prima valutazione di requisiti è condotta fuori dall'UE, mentre la decisione finale circa la concessione dello *status* di rifugiato è adottata successivamente e direttamente nel territorio dello Stato membro dopo l'ingresso del soggetto. Il visto umanitario dunque non solo costituisce una forma organizzata e legale di trasferimento di un cittadino di Paese terzo verso uno Stato membro, ma rappresenta anche una potenziale forma di controllo migratorio extraterritoriale, posto che è lo Stato, tramite le proprie autorità, a effettuare verifiche sul soggetto prima che questi raggiunga fisicamente il territorio nazionale.

Fino ad ora gli Stati membri che hanno deciso di rilasciare visti umanitari lo hanno fatto sostanzialmente in piena autonomia poiché manca una chiara normativa comune a livello di diritto dell'Unione, anche se è in discussione l'introduzione di un visto umanitario europeo e nel dicembre 2018 il Parlamento europeo ha approvato una richiesta perché la Commissione europea presenti una proposta legislativa volta ad istituire un visto umanitario europeo che, rilasciato da ambasciate e consolati all'estero, consentirebbe di arrivare in Europa senza rischiare la vita, contrastando al contempo i trafficanti di vite umane⁴⁶.

Malgrado l'affermazione delle *policy* che prevedono l'ETM e il *resettlement* e la possibilità di rilascio di visti per motivi umanitari, la situazione dell'accoglienza in Europa non può certo dirsi risolta ed appare sempre più necessaria l'adozione di politiche comuni per tutti gli Stati membri. In quest'ottica, nel novembre 2017, il Parlamento europeo ha approvato una proposta di riforma per superare i criteri di Dublino, sostituendo il principio del primo Paese d'arrivo con un meccanismo permanente e automatico di ricollocamento dei richiedenti asilo secondo un sistema di quote, a cui avrebbero dovuto partecipare tutti gli Stati dell'Unione, adottando anche nuovi criteri per promuovere i ricongiungimenti familiari⁴⁷. Tale lungimirante innovazione non ha però avuto ricadute pratiche degne di nota.

La Bulgaria, presidente di turno del Consiglio dell'Unione europea nel primo semestre del 2018, decisamente contraria alle quote di ricollocamento (invisi a tutti i Paesi dell'Est) aveva proposto l'introduzione di un "salvacondotto" che permettesse ai Paesi contrari al ricollocamento di evitare di accogliere migranti versando una somma di denaro al Paese che se ne fosse incaricato (circa 30mila euro per ogni persona rifiutata), ma anche questa possibilità è stata respinta dal Consiglio europeo. L'esito negativo delle modifiche ventilate

46. Il testo della Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari è rinvenibile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_IT.

47. Per tale proposta si veda <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20171115IPR88120/dublino>.

era alquanto scontato considerando il contesto politico decisamente sfavorevole a qualsiasi riforma del sistema di asilo: ad opporsi infatti non c'erano solo i Paesi baltici e quelli del gruppo di Visegrád (Polonia, Ungheria, Cechia, Slovacchia), ma anche, seppure per motivi diversi, Stati come Francia, Germania e Paesi Bassi, così come la stessa Italia, rappresentata dall'allora vicepresidente del Consiglio Matteo Salvini, anche se il nostro Paese avrebbe tratto molti benefici dall'introduzione di un sistema basato sulla ricollocazione automatica dei migranti⁴⁸. Nel Consiglio europeo del 28 e 29 giugno 2018 è stato raggiunto un accordo minimo sulla gestione dei flussi migratori con la previsione del ricollocamento dei migranti tra i Paesi europei su base volontaria senza affrontare sistematicamente il tema dell'asilo. Nello stesso senso ci si è mossi nel luglio 2019 quando è stato promosso da Francia e Germania, e appoggiato da altri Paesi (Portogallo, Irlanda e Lussemburgo), un accordo di ricollocamento volontario a cui però Italia e Malta si sono dichiarate contrarie; tuttavia, nonostante l'opposizione dei due Paesi più attivi nei soccorsi nel Mediterraneo, l'accordo si è rivelato efficace in occasione dello sbarco della nave della Guardia costiera italiana Gregoretto, i cui 115 migranti a bordo sono stati subito ricollocati tra i Paesi firmatari dell'accordo⁴⁹.

Nel settembre 2019 è stata sottoscritta a Malta una Dichiarazione congiunta di intenti relativa all'accoglienza tra Germania, Francia, Italia e Malta, alla presenza della Finlandia quale presidente di turno dell'Unione, con l'obiettivo principale di negoziare un *Predictive temporary allocation programme*, cioè un accordo temporaneo e su base volontaria volto ad evitare negoziati caso per caso, al fine di ricollocare in altri Paesi europei una parte dei migranti soccorsi da Italia e Malta. La Dichiarazione congiunta prevede che i migranti che arrivano in Italia e a Malta, soccorsi lungo la rotta del Mediterraneo centrale, siano redistribuiti nei diversi Paesi europei nel giro di quattro settimane dall'approdo, superando il principio di Paese di primo ingresso stabilito dal sistema di Dublino. L'accordo riguarda i

48. La crisi di governo italiana e il successivo rimpasto dell'estate del 2019, hanno inaugurato un nuovo corso per il Premier Conte che già all'indomani del giuramento del nuovo Governo è volato a Bruxelles per incontrare la Presidente della Commissione europea Ursula Von der Leyen, per confrontarsi anche sul dossier immigrazione al fine di raggiungere, come ha scritto lo stesso Conte su Facebook, tre obiettivi fondamentali quali: la modifica del Patto di stabilità a favore della crescita, il superamento del Regolamento di Dublino e l'adozione di un regime di interventi straordinari che favoriscano la crescita e lo sviluppo del nostro Mezzogiorno.

49. La rinnovata volontà europea di affrontare i temi dell'asilo e dell'accoglienza è emersa con forza nel discorso di insediamento del nuovo Presidente del Parlamento europeo David Sassoli, che ha affermato: «*Signori del Consiglio Europeo, questo Parlamento crede che sia arrivato il momento di discutere la riforma del Regolamento di Dublino che quest'Aula, a stragrande maggioranza, ha proposto nella scorsa legislatura. Lo dovete ai cittadini europei che chiedono più solidarietà fra gli Stati membri; lo dovete alla povera gente per quel senso di umanità che non vogliamo smarrire e che ci ha fatto grandi agli occhi del mondo. Molto è nelle vostre mani e con responsabilità non potete continuare a rinviare le decisioni alimentando sfiducia nelle nostre comunità, con i cittadini che continuano a chiedersi, ad ogni emergenza: dov'è l'Europa? Cosa fa l'Europa? Questo sarà un banco di prova che dobbiamo superare per sconfiggere tante pigrizie e troppe gelosie*».

migranti soccorsi in mare dalle organizzazioni non governative e dai mezzi militari, ma non i migranti che arrivano autonomamente e quelli che arrivano in Europa attraverso altre rotte come quella del Mediterraneo occidentale (Marocco-Spagna) e quella dell’Egeo (Turchia-Grecia). L’intesa non ha però convinto gli altri Stati membri, e così ai primi firmatari si sono uniti quali “Paesi volenterosi” solo Lussemburgo, Portogallo e Irlanda, dimostrando, ancora una volta, l’incapacità europea di affrontare in maniera congiunta il nodo dell’accoglienza⁵⁰.

La situazione dell’accoglienza non è certo migliorata durante i mesi più accesi della pandemia di Covid-19; per quanto concerne il nostro Paese, il 7 aprile scorso il governo italiano ha dichiarato che i porti italiani non potevano più essere considerati sicuri a causa della diffusione dell’epidemia di Coronavirus e ha quindi vietato ai migranti recuperati dalle ONG di sbarcare. Il 20 aprile, la Commissione europea ha presentato le linee guida per l’attuazione delle regole europee sull’asilo e sulle procedure di rimpatrio dei migranti durante l’emergenza dovuta al Coronavirus, specificando che il principio del non respingimento per chi cerca protezione continua a rimanere valido per cui le linee guida, redatte con l’ausilio dell’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo (EASO), dell’Agenzia europea della Guardia di frontiera e costiera (Frontex) e in cooperazione con le autorità nazionali, prevedono che la registrazione e il trattamento delle domande di asilo proseguano senza ostacoli, nel rispetto delle condizioni di sicurezza stabilite dalle misure di contrasto al Coronavirus, e che la quarantena e le misure di isolamento dei richiedenti asilo siano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie.

Attualmente, con la diminuzione dei contagi, si sta assistendo ad una ripresa degli sbarchi che seppure diminuiti non erano comunque mai cessati del tutto⁵¹.

Nell’attesa che la situazione epidemiologica migliori è stato, come si accennava, presentato dalla Commissione il nuovo Patto sull’immigrazione e l’asilo (settembre 2020), ma già prima della presentazione ufficiale era stata dichiarata la ferma opposizione dei Paesi del Gruppo di Visegrád, che con una lettera indirizzata alla Commissione europea (sottoscritta da Polonia, Ungheria, Slovacchia e Repubblica Ceca) avevano ribadito la propria indisponibilità verso qualsiasi piano concernente un trasferimento di rifugiati o

50. Sull’accordo di Malta del 2019 cfr. E. Frasca, *The Malta Declaration on search & rescue, disembarkation and relocation: Much Ado about Nothing*, in <http://eumigrationlawblog.eu/>, 3 marzo 2020.

51. Nei primi mesi del 2020, malgrado l’emergenza legata al Covid-19, si è assistito ad un aumento degli sbarchi rispetto allo stesso periodo dell’anno precedente. Dal primo gennaio all’8 giugno 2020 sono sbarcati in Italia 5.472 migranti a fronte dei 2.033 giunti nel nostro Paese nello stesso periodo del 2019. I principali Paesi di provenienza dei migranti sono il Bangladesh nel 19% dei casi, mentre il 15% sono tunisini, il 13% provengono dalla Costa d’Avorio e l’8% dal Sudan. Seguono poi l’Algeria (7%), il Marocco (6%), la Somalia e la Guinea (4%), il Mali (3%) e la Nigeria (2%). Il restante 19% delle provenienze viene classificato come da “Altre” zone. Per i dati aggiornati degli sbarchi cfr. <https://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati>.

richiedenti asilo nei loro Paesi, rendendo così decisamente ardua, se non impossibile, qualsiasi ipotesi di condivisione della responsabilità nell'accoglienza fra gli Stati membri⁵².

Intanto, nel giugno 2020, Italia, Spagna, Grecia, Cipro e Malta hanno presentato alle istituzioni dell'Unione europea un documento congiunto che chiede la revisione dei Regolamenti di Dublino, ragionando sulla base dei principi di solidarietà e responsabilità nella gestione dell'immigrazione che non può continuare a pesare solo sui Paesi geograficamente più esposti⁵³. Parola chiave della proposta è l'obbligatorietà dei ricollocamenti attraverso un sistema centralizzato a livello europeo. Ciò che si vorrebbe affermare è dunque una procedura concordata ed istituzionalizzata di *resettlement*.

Allo stato attuale non sembra però che l'Unione abbia la capacità di imporre decisi cambiamenti nella gestione dell'accoglienza e il parossistico sovranismo dei Paesi più recalcitranti, acuito dalla crisi economica legata alla gestione della pandemia, rischia di compromettere la stessa tenuta di un'Unione troppo spesso incapace di mostrare una voce comune rispetto alle grandi questioni del nostro tempo⁵⁴.

4. Senza asilo cosa resta? I respingimenti e le “acrobazie” garantiste della magistratura

L'incapacità dell'Unione di affermare un sistema europeo comune di asilo e accoglienza, attraverso la previsione di uno *status* uniforme a favore dei cittadini di Paesi terzi, lascia sostanzialmente liberi i Paesi membri di riconoscere nel proprio ambito forme di protezione purché non interferenti con la disciplina dell'Unione.

In quest'ottica l'Italia ha sviluppato tre tipologie di protezione: le prime due coincidenti sostanzialmente con i due *status* di protezione internazionale riconosciuti in tutti gli Stati membri dell'Unione europea e cioè lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 e quello legato alla protezione sussidiaria per gli stranieri e per gli apolidi che abbiano presentato un'apposita domanda di protezione internazionale⁵⁵, mentre la terza

52. È dell'aprile 2020 la lettera di Italia, Francia, Germania e Spagna indirizzata alla Commissione europea perché venga instaurato «un meccanismo vincolante per un'equa ridistribuzione» dei richiedenti asilo «secondo criteri specifici».

53. La versione finale del documento del 4 giugno 2020 è consultabile https://immigrazione.it/docs/2020/mininterno_immigrazione_cipro_italia_grecia_malta_spagna.pdf.

54. Sulle difficoltà di riforma del Sistema di Dublino cfr. P. Weil - P. Auriel, *Political asylum and the European Union. Proposals to overcome the impasse*, in *Revue des droits de l'Homme* (online), <https://journals.openedition.org/revdh/>, 2018, p. 1; L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino*, in questa *Rivista*, n. 1.2018.; D. Vitiello, *The Dublin System and Beyond: Which Way Out of the Stalemate?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 3, p. 463; C. Corsi, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, <https://www.federalismi.it/>, 2020, n. 23, p. XXVI.

55. La protezione sussidiaria è riconosciuta dalla competente Commissione territoriale per la protezione internazionale o dalla sentenza del giudice ordinario che accoglie il ricorso contro la decisione negativa della stessa Commissione, agli stranieri extracomunitari o apolidi che abbiano presentato domanda di protezione internazionale ma che non possiedono i requisiti per accedere allo *status* di rifugiato, pur rischiando di subire un danno grave in caso di rientro

forma di garanzia si è affermata a partire dal 1993, in occasione dell'adesione al sistema Schengen, quando è stata introdotta una nuova figura sotto forma di deroga al rifiuto o alla revoca del titolo di soggiorno allo straniero privo dei requisiti in presenza di «*seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*»⁵⁶. Si tratta del permesso di soggiorno per motivi umanitari⁵⁷, la cui disciplina è stata poi trasposta nell'articolo 5 del Testo unico sull'immigrazione, a cui si affianca il divieto di respingere o espellere lo straniero verso un Paese in cui questi possa essere oggetto di persecuzione. La protezione umanitaria rappresenta la risposta alle esigenze di chi non ha presentato una domanda di asilo ma si trova comunque in una condizione di disagio e rischio; questa figura si completa con la predisposizione di specifici permessi finalizzati ad assicurare tutela in alcune ipotesi ben definite, come ad esempio, nel caso delle vittime di violenza domestica o dello sfruttamento lavorativo⁵⁸. In questi casi la protezione umanitaria funge da clausola residuale aperta o sussidiaria, volta a proteggere situazioni di vulnerabilità non anticipatamente prefigurabili⁵⁹.

nel Paese di provenienza. Tale *status* si sostanzia in un permesso di soggiorno per protezione sussidiaria, di durata triennale e rinnovabile previa verifica della persistenza della situazione nel Paese di origine o provenienza, consente l'accesso ad ogni tipo di lavoro nel settore privato, allo studio e ai servizi socio-assistenziali, il ricongiungimento familiare con semplificazioni per la documentazione della parentela e il rilascio di un titolo di viaggio per stranieri.

56. Cfr. art. 14, co. 3, l. n. 388/1993, che ha introdotto nell'art. 4 del d.l. n. 416/1989 due nuovi commi (12-*bis* e 12-*ter*).

57. Tale permesso viene rilasciato dal questore allo straniero che non ha i requisiti previsti dalle norme internazionali e comunitarie per l'ingresso e il soggiorno in uno degli Stati contraenti, ma nei cui confronti un permesso di soggiorno non può comunque essere rifiutato o revocato perché ricorrono *seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano* (articolo 5, comma 6 del Testo unico delle leggi sull'immigrazione approvato con d.lgs. n. 286/1998). Tale permesso è dunque utilizzabile ogniqualvolta il soggetto in seguito a provvedimenti di respingimento o di espulsione possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione o nei casi in cui lo straniero possa essere oggetto in quel Paese di torture o pene o trattamenti inumani o degradanti vietati dall'articolo 3 CEDU o nei casi in cui lo straniero abbia commesso un reato politico per il quale la richiesta di estradizione verso un altro Stato sia vietata dall'articolo 10, comma 4 della Costituzione. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato per una durata non superiore alle necessità specificamente documentate per le quali è stato rilasciato anche se effettivamente nella prassi amministrativa si va dai 6 mesi ai due anni.

58. Si segnala la recente pronuncia del Tribunale di Milano (agosto 2020) che ha concesso la protezione umanitaria ad una donna filippina poiché nel suo Paese di provenienza la violenza di genere non è punita (è sanzionata penalmente solo la violenza sessuale) e non esiste il divorzio (è prevista solo al separazione legale in presenza di specifiche circostanze, ma l'*iter* può essere sempre "neutralizzato" dal "perdono"), per cui se la donna fosse stata costretta a rientrare nelle Filippine avrebbe potuto essere vittima delle ritorsioni del marito.

59. Alle tre forme evidenziate potrebbe aggiungersene una quarta costituita dalla c.d. protezione temporanea che però è eventuale ed eccezionale dipendendo da un apposito provvedimento generale emanato, appunto, in via eccezionale dal Governo mediante una forma di riconoscimento, anche di ufficio, del diritto di asilo. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha quindi la facoltà di emanare un proprio decreto contenente misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità verificatisi in Stati extracomunitari.

Questo sistema è stato modificato con la stagione dei c.d. *decreti sicurezza*⁶⁰ cioè il decreto legge n. 113 del 2018 (conosciuto quale decreto Salvini) convertito con modifiche nella legge n. 132 del 2018⁶¹ e successivamente il decreto legge n. 53 del 2019 (noto quale decreto sicurezza *bis*) convertito con modifiche nella legge n. 77 del 2019⁶².

Il decreto legge n. 113 del 2018⁶³ ha profondamente riformato il sistema di accoglienza, separando i percorsi dei richiedenti asilo da quelli dei titolari di protezione e impedendo ai

60. Come nota in maniera lucidissima e precisa Algostino, «*Sin dal titolo compare un topos classico, il connubio fra immigrazione e sicurezza pubblica, che, pur non essendo una novità degli ultimi anni (norme in materia di stranieri erano già presenti nel TULPS del 1931), è un mantra nelle legislazioni recenti sul tema della sicurezza, quale che sia il colore del governo...*». Cfr. A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, <https://www.costituzionalismo.it/>, 2018, n. 2, p. 167.

61. Il decreto del 2018 si compone di tre titoli: il primo si occupa di riforma del diritto d'asilo e della cittadinanza, il secondo di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto della criminalità organizzata; l'ultimo, di amministrazione e gestione dei beni sequestrati e confiscati alla mafia. Si ricorda che il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, firmò il decreto ma contestualmente inviò una lettera di richiamo al premier Giuseppe Conte in cui scriveva tra l'altro: «*Al riguardo avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, restano "fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo. E, in particolare, quanto direttamente disposto dall'articolo 10 della Costituzione e quanto impegni internazionali assunti dall'Italia*». A tale proposito cfr. P. Naso, *Il debito del governo Conte, in Riforma, Quotidiano online delle Chiese evangeliche battiste, metodiste e valdesi in Italia*, <https://riforma.it/>, 7 luglio 2020.

62. Rispetto a questo secondo intervento, l'ambito che rileva per quanto concerne l'accoglienza è il Capo 1, cioè le disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine di sicurezza pubblica; collegato al Capo 2 concernente le disposizioni urgenti per il potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza. In particolare si evidenzia l'articolo 1 contenente *Misure a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica in materia di immigrazione*, comportante un'integrazione dell'art. 11, d.lgs. 268/1998 attraverso l'introduzione del nuovo comma 1-ter che afferma: «*Il Ministro dell'interno [...] nell'esercizio delle sue funzioni di coordinamento [...] rispetto gli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi di servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica [...]. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministero della difesa e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri*». Tale previsione attribuisce dunque al Ministro dell'interno una competenza concorrente rispetto a quella, ordinaria, attribuita al Ministro delle infrastrutture e trasporti, cioè un potere di intervento, sebbene in concorso con gli altri due Ministeri, nell'ambito delle attività di ricerca e salvataggio in mare. Effettivamente il divieto di ingresso dovrebbe essere azionato esclusivamente per motivi di sicurezza pubblica e appare decisamente arduo considerare una violazione della sicurezza nazionale il passaggio nelle acque territoriali italiane e il successivo attracco nei nostri porti delle navi di organizzazioni umanitarie che svolgono attività di ricerca e soccorso in mare, anche perché queste attività costituiscono adempimenti di obblighi internazionali ratificati dall'Italia e come tali esecuzioni di fonti normative consuetudinarie e/o convenzionali che hanno natura sovraordinata rispetto alle ordinarie norme di legge e non possono venire vanificate dalla "interpretazione" che il potere esecutivo ne intende fornire. Tuttavia, tale disposizione ha consentito all'allora Ministro dell'interno Matteo Salvini di bloccare diverse navi che soccorrevano migranti in mare suscitando polemiche e preoccupazioni. Le chiusure dei porti e il trattenimento dei migranti a bordo delle navi hanno portato anche alla formulazione di accuse di sequestro di persona nei confronti dell'ex Ministro, accuse che però non hanno condotto a nessun procedimento giudiziario nei suoi confronti.

63. È opportuno ricordare che alcune previsioni contenute nei c.d. decreti sicurezza sono già state oggetto del sindacato della Corte costituzionale, in particolare con le sentenze n. 194 e n. 195 del 2019 la Consulta ha deciso i ricorsi concernenti il regime giuridico degli stranieri occupandosi di diverse fattispecie che vanno dall'abolizione del permesso di soggiorno umanitario "generico", all'esclusione dal sistema SPRAR per i richiedenti asilo, fino all'esclusione per i richiedenti asilo del diritto alla residenza.

richiedenti asilo di accedere all'accoglienza nell'ex sistema SPRAR indirizzandoli solo verso i Centri di prima accoglienza e le strutture temporanee (CAS). Ancora più significativa è stata la soppressione dell'istituto della protezione umanitaria, ai sensi di quanto già previsto nel programma elettorale della Lega così come nella circolare n. 8819/2018 del Ministero dell'interno⁶⁴. L'intento non era solo quello di colpire gli stranieri potenzialmente beneficiari della protezione umanitaria, ma anche quello di limitare le possibilità di intervento e azione delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e dell'autorità giudiziaria, in particolar modo della Corte di cassazione che ha reso la protezione umanitaria un «*istituto dai contorni incerti, che lascia ampi margini ad una interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario per il quale l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento*»⁶⁵.

Il decreto legge del 2018 colpisce l'istituto della protezione umanitaria anche se, come giustamente rilevato, tale intervento non dovrebbe pregiudicare la protezione degli stranieri che risultano inespellibili per ragioni di ordine costituzionale ed internazionale, giacché in tal caso si porrebbe in contrasto con i principi supremi della nostra Carta fondamentale e con gli obblighi internazionali che caratterizzano l'impalcatura della protezione umanitaria⁶⁶.

Ai sensi del decreto legge del 2018, il vuoto causato dalla scomparsa della protezione umanitaria viene colmato da alcune fattispecie tipizzate, cioè «speciali permessi di soggiorno

Su tali sentenze cfr. C. Padula, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consultaonline*, <http://www.giurcost.org/>, 29 agosto 2019, fasc. II, p. 385; G. Conti, *Troppo presto per giudicare...ma con qualche premessa interpretativa generale. I ricorsi in via principale di cinque Regioni contro il c.d. "decreto sicurezza e immigrazione"* (Nota alla sentenza 194 del 2019 della Corte Costituzionale), in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/>, 12 settembre 2019.

Da ultimo la Corte si è pronunciata in materia con la sentenza n. 186 del 2020 sancendo l'illegittimità del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, eliminando così una grave violazione del principio di eguaglianza. La norma oggetto del sindacato disponeva che «*Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 (per richiesta asilo) non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del d.p.r. 30.5.1989, n. 223, e dell'art. 6, comma 7, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286*». L'incostituzionalità di tale previsione deriva dalla sua intrinseca irrazionalità, poiché rendendo problematica la stessa individuazione degli stranieri esclusi dalla registrazione anagrafica, essa è incoerente con le finalità del decreto, che mira, almeno a parole, ad aumentare il livello di sicurezza; ma soprattutto la previsione censurata determinava una irragionevole disparità di trattamento, perché negare l'iscrizione all'anagrafe a chi dimora abitualmente in Italia significa trattare in modo differenziato e indubbiamente peggiorativo, senza una ragionevole giustificazione, una particolare categoria di stranieri. Infine, la Corte sottolinea come la violazione del principio di uguaglianza, enunciato all'articolo 3 della Costituzione, assuma nel caso di specie anche la valenza di lesione della «pari dignità sociale».

64. Sull'incerto destino della protezione umanitaria cfr. la più che esaustiva ricostruzione di C. Corsi, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, <https://www.federalismi.it/>, 2020, n. 23, p. XXVI ss.

65. Sugli intenti del Ministro cfr. la precisa ricostruzione di M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il Decreto Salvini*, in questa *Rivista*, n. 1.2019.

66. In caso contrario, la riforma sarebbe incostituzionale come notato da C. Padula, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in www.questionegiustizia.it, 2018, § 3; A. Algostino, *op. ult. cit.*, p. 180; M. Benvenuti, *op. ult. cit.*, p. 16.

temporanei» rilasciati: *a)* per «casi speciali», corrispondenti alle previgenti figure dei permessi per «protezione sociale», «vittime di violenza domestica» e «particolare sfruttamento lavorativo»; *b)* per «cure mediche», quando lo straniero versa in condizioni di salute particolarmente gravi e accertate da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il SSN; *c)* per «calamità», quando una situazione «contingente ed eccezionale» impedisca il rientro e la permanenza in sicurezza nel Paese di origine o di provenienza; *d)* per «atti di particolare valore civile», dietro autorizzazione del Ministero dell'interno; *e)* per «protezione speciale», a beneficio degli stranieri inespellibili *ex art.* 19, co. 1 e 1.1. TUI⁶⁷. In ogni caso, tali fattispecie, come ha chiarito anche il Consiglio superiore della magistratura, nel parere sul decreto rilasciato il 21 novembre 2018, benché tipizzate, non esauriscono l'intera gamma di ipotesi in cui le esigenze umanitarie possono trovare riconoscimento e tutela nel nostro ordinamento.

Lo stigma nei confronti dei decreti sicurezza è legato al particolare valore simbolico che l'istituto della protezione umanitaria ha assunto nel corso del tempo; infatti tale istituto è divenuto progressivamente una sorta di “supplente” del diritto costituzionale di asilo e le Commissioni territoriali, nell'esaminare la domanda di protezione internazionale e le conseguenze di un eventuale rimpatrio, a fronte del divieto di rinviare un rifugiato verso territori dove la sua vita o la sua libertà potevano essere minacciate avevano la possibilità di optare per la concessione di un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Così, come sottolineato anche dalla Cassazione, la protezione umanitaria si era affiancata, con pari dignità giuridica e politica, allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria, dimostrandosi strumento assai più duttile rispetto alle altre figure di protezione⁶⁸.

Pur nutrendo riserve sulla possibilità che il diritto costituzionale di asilo possa effettivamente dirsi soddisfatto dalle figure dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e della protezione umanitaria – che a parere di chi scrive non possono esaurire la grande potenzialità di accoglienza espressa dal dettato costituzionale – ed anche ammettendo che l'intervento dei decreti sicurezza non abbia cancellato totalmente la protezione umanitaria almeno quando risponde a principi costituzionali e patti

67. Degli speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, quello per motivi di protezione sociale, quello per violenza domestica e quello per particolare sfruttamento lavorativo preesistevano al «decreto Salvini» e sono stati parzialmente innovati in alcuni aspetti; mentre il permesso di soggiorno per cure mediche, quello per calamità; quello per atti di particolare valore civile e quello per protezione speciale costituiscono nuove introduzioni.

68. La Corte di cassazione ha affermato che i tre *status*: *status* di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione umanitaria, sono in grado di attuare in maniera organica quanto previsto dall'articolo 10, comma 3 della nostra Costituzione. Cfr. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012; ed anche Cass., sez. I, sent. n. 4455/2018. Per una precisa ricostruzione della giurisprudenza della Cassazione in materia di protezione umanitaria cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 22 ss.

internazionali⁶⁹, resta comunque la necessità di confrontarsi con quella che è attualmente la situazione rispetto alla quale appare improcrastinabile una decisa revisione dei decreti sicurezza.

Si segnala che nelle more della pubblicazione di questo contributo il Consiglio dei ministri del 5 ottobre 2020 ha approvato il testo di un decreto legge (al momento non ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale) che, su proposta del Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte e della Ministra dell'Interno, Luciana Lamorgese, introduce disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, sicurezza delle città. Il nuovo decreto modifica le precedenti previsioni ripristinando una forma di protezione umanitaria e un sistema di accoglienza diffuso, smantella la criminalizzazione del soccorso in mare e riduce i tempi per l'ottenimento della cittadinanza da quattro anni (ma prima dei decreti sicurezza erano due) a tre anni per gli stranieri naturalizzati in Italia. Il decreto si propone di rivedere la disciplina sull'immigrazione attraverso la previsione di disposizioni sui requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno: in pratica viene ripristinato il permesso di soggiorno per motivi umanitari che era previsto dal Testo Unico sull'immigrazione del 1998, ma che ora viene indicato quale «protezione speciale» da concedersi agli stranieri a cui non può essere rifiutato o revocato il permesso di soggiorno in virtù del rispetto «degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». La protezione avrà la durata di due anni e non sarà una mera estensione dei permessi per casi speciali introdotti dal primo decreto sicurezza. Diventano convertibili in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, «ove ne ricorrano i requisiti», i permessi di soggiorno per protezione speciale, per calamità, per residenza elettiva, per acquisto della cittadinanza o dello stato di apolide, per attività sportiva, per lavoro di tipo artistico, per motivi religiosi, per assistenza minori. Inoltre il decreto prevede un nuovo principio di non respingimento o rimpatrio verso uno Stato in cui i diritti umani siano violati in maniera sistematica e vieta altresì di rimpatriare chi ha una vita consolidata in Italia e in tali ipotesi, è previsto il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale.

Il decreto appena approvato affronta anche la questione del soccorso in mare confermando il principio secondo cui il ministro dell'interno, in accordo con il ministro della difesa e dei trasporti, informando il presidente del consiglio, può vietare l'ingresso e il transito in acque italiane a navi non militari. Tuttavia, se queste navi hanno effettuato soccorsi seguendo le convenzioni internazionali, hanno comunicato le operazioni alle autorità

69. L'intervento sulla protezione umanitaria ha comunque comportato un aumento della percentuale di «diniegati» (cioè coloro ai quali viene negato il riconoscimento di una forma di protezione internazionale), saliti dal 67% del 2018 all'80% del 2019 rispetto alle domande esaminate, cioè circa 80mila persone estromesse dal sistema e destinate, in gran parte, ad aggiungersi alla popolazione degli irregolari. Una *popolazione* già in costante crescita dal 2013 a causa principalmente della sostanziale chiusura dei canali legali di ingresso per motivi lavorativi. In questo scenario si stima che il numero degli irregolari potrà arrivare a superare i 750mila a gennaio del 2021.

competenti (e nel caso di navi straniere al loro stato di bandiera), questo comma non può essere applicato. Se avviene la violazione, inoltre, deve intervenire un magistrato ad appurarlo e al termine di un processo penale possono essere inflitte multe che vanno da 10mila a 50mila euro. L'ammenda amministrativa, che arrivava fino a un milione per chi avesse salvato i migranti in mare, è diventata una multa applicabile solo al termine di un processo penale e non è più previsto il sequestro della nave.

Vengono anche introdotte modifiche rispetto al sistema di accoglienza Sprar-Siproimi che si trasforma in Sistema di accoglienza e integrazione, ripristinando il sistema di accoglienza diffuso gestito dai comuni come sistema prioritario a cui accedono anche i richiedenti asilo e non solo i casi più vulnerabili, i minori e i beneficiari di protezione internazionale. Inoltre vengono distinti i servizi di primo livello per i richiedenti protezione internazionale, che includono l'accoglienza materiale, l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, i corsi di lingua italiana, e i servizi di orientamento legale e al territorio, dai servizi di secondo livello che hanno come obiettivo l'integrazione e includono l'orientamento al lavoro e la formazione professionale. L'adesione al sistema, che è gestito dai comuni, sarà sempre su base volontaria e non è prevista nessuna soppressione del sistema prefettizio di accoglienza, quello che ha dato vita ai Centri di accoglienza straordinari (Cas), al centro di scandali per le condizioni di vita al di sotto degli standard minimi.

Stanti le modifiche appena introdotte, ma naturalmente non ancora operative, il sistema di accoglienza si presenta quindi alquanto complesso e a tratti confuso in quanto contraddistinto da molteplici fattispecie. Pur senza entrare eccessivamente nel dettaglio, si evidenzia come prima del decreto n. 113 del 2018 per i richiedenti protezione che arrivavano nel nostro Paese esistessero una «prima accoglienza» ed una «seconda accoglienza». Hub regionali⁷⁰ e Centri di accoglienza straordinaria (CAS), componevano la «prima accoglienza», che serviva per soddisfare esigenze essenziali come l'identificazione dello straniero, l'avvio della procedura di esame della domanda di asilo, l'accertamento delle condizioni di salute e la sussistenza di eventuali situazioni di vulnerabilità che comportassero speciali misure di assistenza; mentre la seconda accoglienza era formata dalla rete territoriale dei Sistemi di Protezione dei Richiedenti Asilo e Rifugiati (SPRAR) con progetti

70. Dopo una prima valutazione che avviene normalmente negli *Hotspot* che accolgono i migranti al momento del loro arrivo in Italia, dando loro le prime cure mediche, effettuando un primo *screening* sanitario, identificandoli e fotosegnalandoli, i migranti che fanno domanda di asilo vengono trasferiti (in teoria entro 48 ore) nei Centri di accoglienza conosciuti quali *Hub* regionali, dove vengono trattenuti il tempo necessario per individuare una soluzione nella seconda accoglienza. In merito agli *Hotspot* cfr. M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1.

sviluppati dagli enti locali volti a coinvolgere piccoli gruppi di migranti nel caso in cui questi fossero privi di mezzi di sussistenza adeguati.

Il decreto legge del 2018 ha eliminato ogni riferimento alla seconda accoglienza per i richiedenti asilo, che in questo modo hanno accesso solo alle misure “essenziali” fornite dalla prima accoglienza (*Hotspot* e CAS e Centri governativi di prima accoglienza CPA)⁷¹. Negli SPRAR, che presentano la nuova denominazione di «Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati» (SIPROIMI), hanno accesso oggi, non più i richiedenti asilo e le persone a cui era stata riconosciuta la domanda di protezione internazionale, ma solo coloro i quali hanno già ottenuto una protezione internazionale, i titolari dei permessi dei soggiorni “speciali” e i minori stranieri non accompagnati⁷². Il nuovo schema di capitolato predisposto nel dicembre del 2018 per la fornitura di beni e l'erogazione dei servizi dei Centri di prima accoglienza che le prefetture devono seguire è stato ideato «*al fine di ridurre i tempi di permanenza nei Centri e i costi conseguenti*», attraverso il rafforzamento delle misure di verifica e controllo delle strutture, e l'individuazione dei «*servizi di accoglienza essenziali alla persona*», per cui viene stabilito

71. Malgrado sui CAS si fossero già sollevate perplessità in quanto carenti di controllo metodico, pubblico e imparziale volto a monitorare la qualità dell'accoglienza, come già sottolineato nel maggio 2016 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattamento dei migranti e sulle risorse pubbliche impiegate.

Cfr. <https://www.camera.it/dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/022bis/006/intero.htm>.

72. Il richiedente asilo privo dei mezzi di sussistenza non viene quindi più avviato nelle strutture di seconda accoglienza del sistema SPRAR (ora SIPROIMI), ma rimane nei Centri governativi di prima accoglienza (CPA) o nelle strutture straordinarie di accoglienza (CAS) debitamente attivate dalla prefettura competente. La nuova norma, infatti prevede per i richiedenti protezione internazionale fino alla definizione del loro *status* l'accesso alle misure di accoglienza nelle strutture governative e in quelle straordinarie, per cui queste strutture raccolgono:

- I richiedenti protezione internazionale che hanno formalizzato la domanda e risultano privi di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata al sostentamento proprio e dei propri familiari;
- I richiedenti ricorrenti, che hanno fatto ricorso avverso la decisione di rigetto della protezione internazionale;
- I titolari di protezione umanitaria, già riconosciuta dalla CT, ma che hanno impugnato la decisione amministrativa richiedendo una forma di protezione maggiore (rifugio o protezione sussidiaria), mantenendo in questo caso la qualifica di richiedenti asilo;
- I richiedenti asilo, per i quali è stata attivata la procedura Dublino e sono in attesa dell'eventuale trasferimento nel Paese competente alla trattazione della domanda d'asilo;
- I “Dublinanti di ritorno”, ossia i richiedenti asilo giunti in Europa attraverso la frontiera italiana che hanno presentato domanda di asilo in altro Paese europeo aderente al CEAS.

Il sistema di accoglienza quindi si articola diversamente a seconda dei soggetti ospitati nel chiaro intento di voler separare e differenziare interventi ed opportunità in base allo *status* delle persone, così come con la previsione dell'eliminazione (lettera l) del co. 2 dell'art. 12, d.l. n. 113/2018) della possibilità per i richiedenti, che usufruivano delle misure di accoglienza nello SPRAR, di frequentare corsi di formazione professionale finanziati nell'ambito del Sistema. Insomma, è palese che l'integrazione non costituisce più, nemmeno formalmente, un obiettivo generale del sistema di accoglienza ma rappresenta un privilegio per pochi, i soli rifugiati e titolari di forme residuali di protezione, mentre per la grande massa dei richiedenti asilo viene tracciato un percorso di esclusione spingendone molti verso la clandestinità.

un ribasso del costo medio giornaliero per ogni migrante che passa da 35 a 21,90 euro, incidendo fortemente sulla macchina dell'accoglienza⁷³.

Come accennato, il decreto dell'autunno 2020 ripristinerà il sistema di accoglienza gestito dai comuni trasformando il sistema creato dai decreti sicurezza in Sistema di accoglienza e integrazione, e distinguendo nuovamente i servizi di primo livello, finalizzati alla prima accoglienza, da quelli di secondo livello volti invece ad una concreta integrazione dello straniero. Queste modifiche appena introdotte potrebbero migliorare il "sistema Italia" di accoglienza che in seguito ai decreti sicurezza aveva visto aumentare l'irregolarità e la marginalità sociale delle persone migranti poichè l'impossibilità non solo di accedere al diritto d'asilo, ma di vedersi garantita la prestazione di percorsi di accoglienza e inclusione, era emersa in tutta la sua drammaticità soprattutto a causa della riduzione dell'accoglienza degli SPRAR a vantaggio di grandi CAS, strutture private con standard di accoglienza inferiori spesso gestite da organizzazioni che seguono logiche speculative, anche perché il nostro Paese aveva accolto un numero risibile di richiedenti asilo attraverso i programmi di *resettlement* partecipando solo occasionalmente ai programmi dell'UNHCR.

In questo quadro di confusione e di emergenza legata alla pandemia, la volontà del Governo di non trascurare la questione immigrazione rappresenta un segnale importante, e ci si augura che tale intervento rappresenti il primo passo verso un nuovo atteggiamento nei confronti di un'umanità in fuga e assai spesso in pericolo.

Già prima di quest'ultimo intervento normativo, si evidenziava nei corridoi umanitari⁷⁴ una significativa eccezione al generale atteggiamento di chiusura del nostro Paese, eccezione frutto della responsabilità della società civile, un impegno volto ad affrontare concretamente la questione delle migrazioni evitando le morti in mare, l'immigrazione illegale e il traffico di esseri umani: una via legale e sicura per coloro che arrivano, ma anche per chi accoglie. Lo sviluppo di questo sistema è frutto di due Protocolli di intesa tra il Ministero dell'interno ed il Ministero degli affari esteri con alcuni enti ed associazioni di ispirazione religiosa⁷⁵.

73. Le nuove previsioni stabiliscono inoltre che a seguito del rigetto in via definitiva della domanda di protezione internazionale si proceda indirizzando i soggetti verso i Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) per poi riportarli forzatamente nei Paesi di origine. La previsione però non considera la capienza dei CPR, che allo stato attuale è di circa 1.085 posti, mentre la media dei rimpatri annuali non supera le 5.600 unità, in leggera diminuzione nel 2019, per cui occorrerebbero più di un secolo e oltre 3,5 miliardi di euro (5.800 euro a rimpatrio secondo Eu Observer) per rimpatriare tutti. Così, la grande maggioranza di questa popolazione è destinata a restare in Italia senza documenti, senza alternative alla strada, senza la possibilità di trovare casa o lavoro. Una popolazione spinta dalle misure vigenti verso la progressiva invisibilità e, in molti casi, la delinquenza. A tale proposito cfr. Openpolis – Actionaid, *La sicurezza dell'esclusione. Centri d'Italia 2019*, in https://www.actionaid.it/app/uploads/2020/05/CentridItalia_2019.pdf.

74. Sui corridoi umanitari cfr. P. Morozzo della Rocca, *I due protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti d'ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

75. Il primo Protocollo è stato firmato il 15 dicembre 2015 con la Comunità di Sant'Egidio, la Federazione delle Chiese evangeliche e la Tavola valdese. Il secondo Protocollo è stato invece firmato il 12 gennaio 2017 con la Conferenza

Tali protocolli prevedono l'ingresso legale in Italia, attraverso il rilascio di visti per motivi umanitari, di rifugiati in condizioni di vulnerabilità, provenienti dalla Siria e da altri Paesi dell'Africa subsahariana e attualmente situati in Libano, Marocco ed Etiopia. I corridoi umanitari sono interamente finanziati dalle associazioni che li promuovono le quali si occupano anche del percorso di integrazione quando i richiedenti arrivano in Italia⁷⁶. Grazie alle sponsorizzazioni private i corridoi umanitari sono in grado di realizzare accoglienza in maniera efficace ed inclusiva, con costi e problematiche decisamente inferiori rispetto a quelle che contraddistinguono normalmente l'accoglienza pubblica. I risultati ottenuti sono certamente encomiabili, con più di 2500 persone accolte in Italia e circa 6000 in Europa negli ultimi anni, tuttavia il sistema dei corridoi umanitari può affiancare ma non sostituire il sistema costituzionale di asilo, anche perché l'impianto dei corridoi umanitari ha una base giuridica pazzia facilmente modificabile e si fonda su criteri molto forti di vulnerabilità, il requisito infatti per poter accedere al sistema dei corridoi è proprio quello della vulnerabilità dei soggetti⁷⁷. I corridoi umanitari si configurano quali *Best Practice* e il loro successo ha portato ad ipotizzare una loro trasformazione in vere e proprie *Policies*⁷⁸ così nel dicembre 2019 la Federazione delle Chiese evangeliche in Italia ha presentato alle istituzioni europee un progetto per realizzare un corridoio umanitario speciale, al fine di coinvolgere il maggior numero di Stati membri possibili. Questo corridoio partirebbe dalla Libia consentendo in tal modo un intervento diretto in quest'area problematica, potrebbe anche non seguire la rotta

episcopale italiana (che agirà attraverso la Caritas italiana e la Fondazione Migrantes) e la Comunità di Sant'Egidio. Benché ci siano alcune differenze tra i due atti essi presentano più o meno lo stesso contenuto e soprattutto le medesime finalità.

76. Per avere un'idea dei dati relativi a questa pratica cfr. <http://www.santegidio.org/downloads/Dossier-Corridoi-Umanitari-ITA.pdf>.

77. È interessante notare come i corridoi umanitari non coinvolgano solo persone con problemi sanitari o psicologici ma anche soggetti con un alto livello di istruzione senza problemi specifici; così i nuovi corridoi cercano la via dell'inclusione per far valere il titolo di studio originario anche nei Paesi di destinazione in modo da dimostrare che chi viene accolto non costituisce un peso bensì una risorsa per il Paese che accoglie. In particolare si segnala il programma italiano UNI-CO-RE "Corridoi universitari" che nasce per dare la possibilità a studenti rifugiati in Etiopia di proseguire il loro percorso accademico all'Università di Bologna. Il progetto è promosso dall'Alma Mater e dall'UNHCR Italia e realizzato grazie al supporto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, l'Arcidiocesi di Bologna, Caritas Italiana, ER.GO – Azienda Regionale per il Diritto agli Studi Superiori dell'Emilia-Romagna, Federmanager Bologna – Ravenna, Gandhi Charity, Manageritalia Emilia Romagna, Next Generation Italy. La sperimentazione è cominciata con l'anno accademico 2019/2020 e continuerà nel 2020/2021. Per partecipare al progetto occorre avere il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte di UNHCR, essere in possesso o in procinto di conseguire presso un'Università in Etiopia una laurea di primo ciclo (abilitante alla prosecuzione nel secondo ciclo) ed essere interessato all'iscrizione ad un corso di laurea magistrale non a numero chiuso dell'Università di Bologna, in lingua inglese. Gli studenti accolti vengono sostenuti per la durata del corso con una borsa di studio messa a disposizione dai partner di progetto.

Per consultare le condizioni si veda <https://bandi.unibo.it/s/amministrazione-generale/uni-co-recorridoi-universitari-per-rifugiati-etiochia-unibo-2019-21>.

78. Proprio mentre si concludeva questo contributo un nuovo corridoio umanitario organizzato dall'Elemosineria Apostolica insieme alla Comunità di Sant'Egidio, con la collaborazione dei governi italiano e greco, ha portato a Roma quattro nuclei familiari provenienti da Lesbo. Dovevano partire a dicembre, ma il Covid-19 e le chiusure delle frontiere hanno procrastinato il loro viaggio fino allo scorso luglio.

diretta Roma-Tripoli, ma, ad esempio procedere via Tripoli-Niger e poi Niger-Roma e le chiese e i soggetti promotori svolgerebbero comunque attività di *counseling* nei Paesi di provenienza inviando operatori umanitari in Libia e nei Paesi costituenti le tappe intermedie.

Queste pratiche decisamente lodevoli che hanno raggiunto buoni risultati sono la dimostrazione dell'assoluta inadeguatezza delle scelte statali ed europee, o meglio sono la risposta virtuosa al vuoto politico che genera spazi di manovra della società civile capace di elaborare lodevoli strategie di accoglienza al di là delle paure e dei tornaconti elettorali. Il fatto che la stessa Commissione europea li collochi tra gli strumenti di cui auspica l'incremento per assicurare un migliore esito dei programmi di reinsediamento dei richiedenti asilo è l'ennesima dimostrazione, se ce ne fosse bisogno, dell'estrema debolezza delle politiche migratorie comuni.

Gli apprezzabili esiti dei corridoi umanitari rappresentano purtroppo una goccia in un mare di disperazione, barconi malconci e inerzia nazionale ed europea. Così, nell'auspicata attesa di un intervento del nostro Legislatore, la tutela degli interessi di chi cerca protezione rimane, in ultima analisi affidata alla giustizia, spesso chiamata a realizzare improbabili equilibri giuridici. In questo senso merita di essere evidenziata la sentenza n. 22917 del 28 novembre 2019 con cui il Tribunale di Roma ha riconosciuto il diritto ad entrare in Italia per chi è stato illegittimamente respinto, accompagnandolo con un risarcimento del danno subito. I fatti risalgono al 2009 quando un gruppo di cittadini eritrei in fuga dal proprio Paese raggiunge la Libia e da qui si imbarca verso l'Italia. Il 30 giugno del 2009, a poche miglia da Lampedusa, ma ancora in acque internazionali, il motore dell'imbarcazione entra in avaria e una nave della Marina italiana provvede a soccorrere i naufraghi che, una volta a bordo, manifestano l'intenzione di chiedere asilo: tuttavia, ignorando le loro proteste, il comandante della nave li consegna ad una nave libica che nel frattempo ha affiancato la nave italiana. Dopo un periodo di detenzione in Libia i profughi ritentano la via della libertà questa volta via terra e giungono in Israele, dove, dopo un altro periodo di detenzione, nel timore di un ulteriore respingimento verso l'Eritrea inoltrano una citazione contro lo Stato italiano, il Ministero dell'interno, il Ministero della difesa e il Ministero degli affari esteri, chiedendo il risarcimento del danno per l'ingiusto respingimento ed anche di poter fare ingresso in Italia, al fine di inoltrare domanda di protezione internazionale. Le amministrazioni convenute si difendono in quanto il salvataggio era avvenuto in acque internazionali, sostenendo che nessuno dei soccorsi aveva fatto richiesta di protezione internazionale, mentre la consegna alla nave libica sarebbe stata effettuata ai sensi del Trattato di amicizia⁷⁹ anche se effettivamente il Trattato di amicizia non prevede che lo

79. Il Trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione a cui ci si riferisce è stato siglato il 30 agosto del 2008. Il Trattato non è un semplice trattato di amicizia e navigazione, ma istituisce un vero e proprio partenariato tra i

Stato che intercetta in mare i migranti per un salvataggio li possa poi consegnare alle autorità libiche, poiché in tal modo si potrebbe configurare una violazione del diritto di asilo, oltre che una violazione delle norme sovranazionali che vietano i respingimenti di massa e i trattamenti inumani e degradanti, mentre l'accordo stesso prevede il rispetto della legalità internazionale, rinviando agli obblighi del diritto sovranazionale.

L'aspetto più controverso della vicenda concerneva la richiesta di protezione internazionale, poiché i migranti erano stati salvati in acque internazionali e già sulla nave avevano dichiarato la loro qualità di rifugiati esprimendo l'intenzione di richiedere asilo, adducendo che in Eritrea sarebbero stati esposti a gravi persecuzioni. Citando l'Italia chiedevano dunque una *restitutio in pristinum* e cioè l'ingresso nel territorio italiano per presentare la domanda di protezione internazionale considerando che ai sensi dell'articolo 6 del d.lgs. 25/2008, la domanda deve essere presentata personalmente presso l'ufficio di polizia di frontiera all'atto dell'ingresso nel territorio nazionale o presso l'ufficio della questura competente in base al luogo di dimora del richiedente e la norma non prevede altre modalità di presentazione. Va anche chiarito che il trovarsi a bordo di una nave italiana per effetto di un salvataggio in acque internazionali non significa essere arrivati in territorio italiano anche perché lo Stato, pur avendo il dovere di rispettare il non respingimento, non

due Paesi. Prima di questa stipula, il 7 ottobre in Libia si celebrava il giorno della vendetta, poiché in quella data, nel 1970, erano stati cacciati gli italiani, dal 2008 con il Trattato si stabilisce invece che il 30 agosto diventi la «Giornata dell'Amicizia italo-libica».

Nello specifico sul Trattato del 2008 cfr. N. Ronzitti (a cura di), *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione, Dossier Senato della Repubblica, Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, Roma, 2009, n. 109.

Nel solco dell'intesa del 2008, il 2 febbraio del 2017, Italia e Libia hanno firmato un *Memorandum d'intesa (Mou) 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*. L'accordo estende la validità del Trattato del 2008 e prevede che l'Italia finanzia infrastrutture per il contrasto dell'immigrazione irregolare, formi il personale e fornisca assistenza tecnica alla guardia costiera e alla guardia di frontiera libica. A febbraio del 2020 considerando il rinnovo automatico del *Memorandum*, il Ministero degli esteri italiano ha annunciato di aver inviato al governo di Tripoli la richiesta di modificare il documento al fine di introdurre «*significative innovazioni per garantire più estese tutele ai migranti, ai richiedenti asilo ed in particolare alle persone vulnerabili vittime dei traffici irregolari che attraversano la Libia*» e di voler promuovere «*il rispetto dei principi della Convenzione di Ginevra e delle altre norme di diritto internazionale sui diritti umani*», seppure la Libia non riconosce la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951. Per ora però non si registrano modifiche e molte, come già evidenziato, sono le critiche e le perplessità su tale accordo.

Nello specifico rispetto alla vicenda oggetto della sentenza, il comportamento stigmatizzato non sembra rappresentare un caso isolato poiché alcune agenzie internazionali, tra cui Human Rights Watch e UNHCR denunciano che, nel corso del 2009, l'Italia avrebbe effettuato nove operazioni in alto mare, rinviando in Libia 834 persone di nazionalità somala, eritrea e nigeriana. Una di queste operazioni, avvenuta il 6 maggio 2009, di poco precedente a quella esaminata dal Tribunale romano, riguardava undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei, che, raccolti in mare da navi italiane e consegnati alla autorità libiche senza alcuna preventiva identificazione, hanno presentato ricorso alla Corte EDU (primo ricorrente Hirsi Jamaa) e la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per averli respinti collettivamente, senza neppure identificarli, verso un Paese dove non erano protetti dai rimpatri arbitrari, poiché la Libia non ha aderito alla Convenzione di Ginevra. Alla base di questa importante pronuncia si colloca l'articolo 4 del Protocollo addizionale alla CEDU che vieta le espulsioni collettive degli stranieri. Cfr. Corte EDU, GC, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, (ricorso 27765/09).

è comunque obbligato ad accogliere sul proprio territorio ma può limitarsi ad indirizzare le persone soccorse verso un Paese terzo sicuro senza violare alcuna normativa interna o internazionale. I migranti dunque non erano mai arrivati sul territorio italiano, ma erano stati inopinatamente respinti violando il principio del non respingimento e per questo non avevano potuto presentare la domanda di protezione internazionale, tuttavia il Tribunale romano ha considerato la domanda di ingresso, che si accompagnava alla richiesta di accertamento della illiceità della condotta di respingimento, equiparabile ad una domanda di accertamento del diritto a presentare domanda di protezione internazionale. Richiamandosi al terzo comma dell'articolo 10 della Costituzione e alla giurisprudenza più rilevante della Cassazione ha quindi affermato che, se il richiedente protezione internazionale non può presentare la domanda di protezione in quanto non presente sul territorio italiano per circostanze al lui non imputabili, ma anzi riconducibili ad un fatto illecito commesso dalle autorità italiane, allora sussiste necessariamente il diritto all'ingresso in Italia finalizzato proprio alla formalizzazione della domanda di protezione internazionale. In particolare si afferma che è necessario «espandere il campo di applicazione della protezione internazionale volta a tutelare la posizione di chi, in conseguenza di un fatto illecito commesso dall'autorità italiana si trovi nell'impossibilità di presentare la domanda di protezione internazionale in quanto non presente nel territorio dello Stato, avendo le autorità dello stesso Stato inibito l'ingresso, all'esito di un respingimento collettivo, in violazione dei principi costituzionali e della Carta dei diritti dell'Unione europea»⁸⁰. Gli attori dunque, pur salvati in acque internazionali, avendo da subito dichiarato la loro qualità di rifugiati in quanto esposti a gravi persecuzioni in Eritrea avevano il diritto di entrare in Italia per presentare domanda di protezione internazionale ed anche alla collaborazione dello Stato per l'accesso alle procedure di riconoscimento e di richiesta di protezione⁸¹.

La sentenza capitolina risulta particolarmente significativa proprio nel momento in cui rimanda ad una diretta applicazione dell'articolo 10 della Costituzione, possibilità che non veniva più richiamata dalla giurisprudenza in seguito al recepimento delle direttive europee relative all'accoglienza e a causa della emanazione di una legislazione di dettaglio che aveva previsto, quali misure complementari rispetto allo *status* di rifugiato: la protezione

80. Per il testo della sentenza cfr. <https://sciabacaoruka.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/sentenza-22917.pdf>.

81. Il diritto alla protezione internazionale comprende, ai sensi della Direttiva 2013/32/UE, anche il diritto ad essere informato sulle relative procedure e ad essere agevolato nella presentazione della domanda di asilo. La stessa Direttiva prevede che: «i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi che hanno espresso l'intenzione di chiedere protezione internazionale sono richiedenti protezione internazionale». Di conseguenza, l'articolo 2 del d.lgs. 142/2015, sulle procedure di accoglienza, attuativo delle Direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE, dichiara che si considera richiedente asilo non solo la persona che ha presentato la domanda, ma anche colui che ha manifestato questa intenzione. Ma, ancor prima che queste Direttive fossero recepite dalla legislazione nazionale, la Corte di cassazione ha affermato che sussistendo la sola indicazione che gli stranieri o apolidi presenti alla frontiera vogliono presentare una domanda di protezione internazionale, le autorità competenti hanno il dovere di fornire loro le informazioni necessarie e agevolare l'accesso alle relative procedure (cfr. Cass. civ., sez. VI, n. 5926 del 2015 e Cass. civ., sez. VI, n. 10743 del 2017).

sussidiaria e la protezione umanitaria, senza lasciare alcuno spazio applicativo al principio costituzionale. La sentenza, richiamando i decreti sicurezza e l'eliminazione della protezione umanitaria, afferma la rinnovata necessità di ricorrere alla diretta applicazione del dettato costituzionale, poiché l'incompletezza del quadro normativo risultante dai predetti decreti rischia di vanificare un diritto fondamentale che invece deve continuare a trovare realizzazione proprio grazie all'applicazione diretta del disposto costituzionale.

Il ragionamento del giudice romano, in pratica, partendo dalla volontà politica di restringere gli spazi di accoglienza nel nostro Paese in un sistema legislativo che registra un vuoto normativo, rivoluziona l'approccio, concentrandosi non su quello che manca ma sulla possibilità di applicare direttamente l'articolo 10, comma terzo della Costituzione, garantendo così sia il rispetto del principio del *non refoulement* sia, soprattutto, la posizione della persona migrante attraverso il risarcimento del danno subito e la concreta possibilità di entrare nel nostro Paese per procedere alla domanda di protezione umanitaria internazionale o speciale, secondo le forme da individuare da parte dell'autorità amministrativa.

Si tratta certamente di una pronuncia di grande impatto, non solo per la fissazione di un risarcimento di 15mila euro per ciascuno dei ricorrenti, ma perché si muove nel senso di un "ritorno alla Costituzione" superando l'inerzia legislativa, o peggio la cattiva legislazione, che troppo spesso ha accompagnato la nostra gestione dell'accoglienza. Malgrado il giudizio più che positivo sull'operato del giudice resta però un dubbio di fondo poiché, ancora una volta, l'affermazione di un diritto fondamentale viene lasciata, tra la schizofrenia europea e i proclami sensazionalistici interni, alla "buona volontà" della magistratura a cui tocca sostituirsi ai molti attori incapaci di affrontare seriamente la questione immigrazione/accoglienza⁸².

82. Si ricorda che nel momento legato all'emergenza Covid-19 con la legge 24.4.2020, n. 27, che ha convertito il decreto-legge 17.3.2020, n. 18, (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*), sono state apportate due aggiunte rilevanti ai fini dell'immigrazione: il nuovo art. 86-bis e i nuovi commi 2-quater e 2-quinquies dell'art. 103. Per quanto riguarda l'art. 86-bis si stabilisce che «*In considerazione della situazione straordinaria derivante dallo stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, fino al 31 dicembre 2020, gli enti locali titolari di progetti di accoglienza nell'ambito del sistema di protezione (...), sono autorizzati alla prosecuzione dei progetti in essere alle attuali condizioni di attività e servizi finanziati, (...). Fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, in relazione alle correlate straordinarie esigenze, possono rimanere in accoglienza nelle strutture del sistema di protezione (...) i titolari di protezione internazionale o umanitaria, i richiedenti protezione internazionale, nonché i minori stranieri non accompagnati anche oltre il compimento della maggiore età, per i quali sono venute meno le condizioni di permanenza nelle medesime strutture, previste dalle disposizioni vigenti. Le strutture del sistema di protezione di cui al comma 1, eventualmente disponibili, possono essere utilizzate dalle prefetture, fino al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, sentiti il Dipartimento di prevenzione territorialmente competente e l'ente locale titolare del progetto di accoglienza, ai fini dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e dei titolari di protezione umanitaria, sottoposti alle misure di quarantena (...). Le medesime strutture,*

La vicenda giudiziale in oggetto non è però ancora conclusa, si segnala infatti la recente pronuncia della Corte d'appello di Roma con cui è stata respinta l'istanza inibitoria della Presidenza del Consiglio e del Ministero della difesa di sospensione dell'esecutività della sentenza del Tribunale di Roma. Alcuni passaggi dell'ordinanza appaiono particolarmente significativi come quando il giudice afferma «...ai naufraghi soccorsi risulta essere stata negata la possibilità di esercitare il diritto di asilo disciplinato dall'art. 10 Cost., poiché è stato esercitato nei loro confronti il respingimento collettivo ... il diritto di asilo, disciplinato dall'art. 10 Cost. e da fonti primarie del diritto, non poteva essere inciso da alcun atto politico, cosicché lo scopo di quest'ultimo e cioè la lotta alla criminalità organizzata dei trafficanti di migranti non avrebbe potuto realizzarsi omettendo la concreta possibilità che le persone soccorse esercitassero il loro diritto di asilo (a prescindere dalla risposta dello Stato alla richiesta di asilo)» e ancora «...era noto che il Paese in cui i naufraghi venivano condotti, la Libia, non costituiva “un porto sicuro”; ed erano altrettanto note le gravi violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali in Eritrea...»⁸³.

La Corte d'appello appare in linea con quanto già deciso dal Tribunale di Roma e questa conferma costituisce un precedente di estrema rilevanza poiché apre la strada al principio che in caso di respingimento illegittimo esiste un vero e proprio diritto a rientrare nel nostro Paese al fine di chiedere asilo, indipendentemente dall'esito più o meno certo della richiesta stessa. In tal modo si aprono scenari nuovi di giustizia per tutti coloro che sono stati colpiti da provvedimenti di respingimento illegittimo sancendo, ancora una volta, un ruolo da protagonista per la magistratura, paladina dei diritti fondamentali in assenza di un organico intervento legislativo.

5. Uno sguardo in casa d'altri

- a) *Il caso tedesco*
- b) *Il caso francese*

ove disponibili, possono essere utilizzate dagli enti locali titolari del progetto di accoglienza fino al termine dello stato di emergenza, previa autorizzazione del Ministero dell'interno, che indica altresì le condizioni di utilizzo e restituzione, per l'accoglienza di persone in stato di necessità, senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato. Al solo fine di assicurare la tempestiva adozione di misure dirette al contenimento della diffusione del COVID-19, le prefetture-uffici territoriali del Governo sono autorizzate a provvedere, senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato, alla modifica dei contratti in essere per lavori, servizi o forniture supplementari, per i Centri e le strutture (...) nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza e trasparenza e delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (...). All'art. 103 si prevede la sospensione fino ad agosto 2020 dei termini nei procedimenti amministrativi ed è fatta salva l'efficacia degli atti amministrativi in scadenza ed in particolare per quanto riguarda l'immigrazione i permessi di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi conservano la loro validità fino al 31 agosto 2020.

83. Per la pronuncia completa si veda ordinanza Corte d'appello di Roma, 20 luglio 2020, in <http://www.giustizia.lazio.it/appello.it/>.

Sono diversi i Paesi che hanno consacrato (almeno a livello di affermazioni generali) il diritto di asilo tra i propri principi fondamentali, o si sono riferiti espressamente ad esso quale manifestazione di democrazia e libertà, tuttavia tali affermazioni non sempre trovano un preciso riscontro nella realtà dell'accoglienza.

A tale proposito appare utile confrontarsi con situazioni giuridiche a noi vicine per verificare gli approcci elaborati rispetto ai temi dell'accoglienza.

a) *il caso tedesco*

Tra i Paesi “preferiti” dai migranti e dagli asilanti⁸⁴ si colloca senza alcun dubbio la Germania il cui approccio normativo in materia registra due fasi distinte: la prima che va dall'emanazione del *Grundgesetz* nel 1949, fino alla fine del giugno del 1993, e la seconda che comincia con l'entrata in vigore della revisione costituzionale dell'articolo 16, avvenuta il 1° luglio del 1993, ed è sostanzialmente ancora in corso considerando le modifiche introdotte nel 2015. La grande differenza tra i due momenti consiste in una diversa visione del concetto e del modello di asilo che, da diritto soggettivo pieno ed inviolabile, viene “declassato” attraverso la revisione costituzionale trasformandosi in un diritto *prima facie* contraddistinto da molteplici limitazioni e circostanze in cui può essere disatteso. La formulazione originale dell'articolo 16 al secondo comma prevedeva: «*Non è ammessa l'estradizione di un cittadino tedesco. I perseguitati politici godono del diritto di asilo*» (*Politisch Verfolgte geniessen Asylrecht*), formulando così un diritto “generoso”⁸⁵, effettivo e reale, per qualsiasi straniero che arrivasse in Germania e si dichiarasse perseguitato politico, un diritto contenente non solo la possibilità di entrare nel territorio tedesco, ma anche l'assicurazione della permanenza nello Stato (*Bleiberecht*), fino alla conclusione dell'*iter* di verifica della richiesta di asilo, con l'ulteriore garanzia di vedere esaminata la propria posizione di richiedente asilo in ogni grado di giudizio fino ad arrivare dinanzi al Tribunale costituzionale, grazie alla possibilità di azionare il ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*). Il *Grundgesetz* del 1949 sembra dunque dare vita ad un *vorbehaltloses Grundrecht* (un diritto incompressibile) suscettibile di una possibile limitazione solo eventualmente

84. Secondo un'indagine Eurostat del 2017 la Germania risultava avere più richieste d'asilo che tutti gli altri Paesi europei messi insieme e gli ingressi risultavano essere 524.185 nella Repubblica federale contro i 435.070 degli altri 27 Stati membri.

85. Così lo definisce Carlo Schmid, deputato socialdemocratico e insigne giurista, affermando: «*Die Asylgewährung ist immer eine Frage der Generosität; und wenn man generös sein will, muss man riskieren, sich gegebenenfalls in der Person geirrt zu haben. Das ist eine Seite davon, und darin liegt vielleicht auch die Würde eines solchen Aktes*». Cfr. *Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses*, Bonn, 1948/49, 18. Sitzung vom 4. Dezember 1948, p. 217.

nell'ambito di un bilanciamento con altri diritti fondamentali costituzionalmente previsti⁸⁶. L'ampia portata della previsione costituzionale sull'asilo si è però a lungo confrontata, così come in Italia, con un sostanziale vuoto legislativo per cui, quando la Germania ha aderito alla Convenzione di Ginevra, sono state le previsioni in materia di rifugiati ad attuare anche la disposizione costituzionale sull'asilo.

La prima *Asylverfahrensgesetz* venne approvata nel 1982 per disciplinare le procedure relative all'attribuzione dello *status* di asilante, ma anche limitarne il ricorso. L'introduzione di tale normativa non risolse i problemi dell'accoglienza tedesca e per questo nel luglio del 1992 veniva emanata la *Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens* (legge federale contenente nuove disposizioni sul procedimento di asilo) destinata a scontrarsi con i limiti derivanti dall'inviolabilità costituzionale del diritto di asilo. Matura in questa situazione il c.d. *Asylkompromiss*, una sorta di pacchetto in materia di asilo che, oltre a revisionare la disposizione costituzionale, modifica contemporaneamente le tre leggi federali concernenti il procedimento di concessione o diniego dell'asilo (*Asylverfahrensgesetz*), la normativa sugli stranieri (*Ausländergesetz*) ed anche le regole relative alla cittadinanza (*Staatsangehörigkeitgesetz*) al fine di garantire protezione ai perseguitati politici ma, al contempo, contingentare l'arrivo di masse di individui attratti dalla prospettiva di una vita migliore grazie a condizioni economiche più favorevoli.

In questa prospettiva il nuovo articolo 16a prevede, come nella versione originale del 1949, al primo comma l'accoglienza e la protezione per i perseguitati politici (*Politisch Verfolgte genießen Asylrecht*), per poi introdurre nei quattro commi successivi una serie di specificazioni volte a delineare un nuovo modello di asilo meno garantista e illimitato di quello inizialmente tratteggiato dalla Carta fondamentale. Si ridimensiona l'entità della protezione accordata, conferendo al legislatore poteri considerevoli per ridurre le richieste

86. Il problema della c.d. inviolabilità dei diritti fondamentali assume contorni peculiari nell'ordinamento tedesco che distingue tra diritti inviolabili coperti da riserva di legge e c.d. *vorbehaltlose Grundrechte*, cioè diritti fondamentali, inviolabili senza riserve e da considerarsi come illimitabili. Tuttavia anche questi diritti illimitabili devono conciliarsi con i principi che sovrintendono alla vita della collettività, per cui in base alla *Einheit des Verfassungsrechts* è possibile delineare una sorta di ordine dei valori cioè una interconnessione tra i diritti fondamentali che compongono il *Grundgesetz*, e in quest'ottica sono ipotizzabili limitazioni proprio perché in base al principio della *praktischer Konkordanz* non è possibile realizzare un diritto fondamentale pregiudicandone un altro. Rispetto ai diritti fondamentali lo stesso Tribunale costituzionale sembra distinguere essenzialmente quattro gruppi: a) i diritti sottratti al processo di revisione costituzionale come ad esempio la dignità dell'uomo; b) i diritti fondamentali proclamati senza limiti dal *Grundgesetz* come la libertà di coscienza e il diritto di asilo; c) i diritti fondamentali a cui vengono posti limiti direttamente nel *Grundgesetz* come ad esempio la libertà di opinione; d) i diritti fondamentali garantiti essenzialmente dalla legge e quindi rimessi alle variazioni che questa può porre senza rischiare di essere dichiarata incostituzionale come nel caso del diritto di proprietà. Sulle posizioni del *Bundesverfassungsgericht* cfr. D. Schefold, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 122; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 260 ss. Ed in particolare la pronuncia BverfGE 20, 173 [193].

di asilo giocando soprattutto sulla nozione di Stato, attraverso l'introduzione di nuove categorie come lo «Stato di provenienza» o «Stato sicuro», o ancora lo «Stato di transito sicuro»⁸⁷.

Le criticità dell'accoglienza non si sono però risolte con la riforma costituzionale e ancora nel 2015 la cancelliera Angela Merkel cercava di tranquillizzare l'elettorato affermando: *Wir schaffen das!* (*ce la faremo!*); tuttavia tre anni dopo quell'affermazione, il partito della destra estrema AfD (*Alternative für Deutschland*) entrava in Parlamento con un risultato oltre ogni aspettativa e la coalizione di governo appariva sempre più in bilico anche a causa delle politiche concernenti la gestione dei migranti. Gli anni che hanno caratterizzato la fine del terzo mandato di Angela Merkel sono stati decisamente tumultuosi e la sfida delle migrazioni è diventata un punto centrale nell'agenda di governo. Nel tentativo di fronteggiare le richieste di chi fuggiva da Paesi in guerra, come Afghanistan, Iraq e Siria, sono stati avviati percorsi di riforma del diritto d'asilo in senso più restrittivo. Così, a partire dal 2015, il governo federale e il Bundestag si sono occupati della riforma del diritto d'asilo attraverso gli *Asylpaket*. Il primo di questi pacchetti di riforme, l'*Asylpaket I – Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz* (10.2015) modifica gran parte della legislazione esistente interessando le procedure per la richiesta del diritto d'asilo (AsyIVfG); le risorse a disposizione per la gestione dei Centri d'accoglienza (AufenthG), così come per i richiedenti asilo (AzlbLG) e le leggi concernenti la gestione dei minori non accompagnati. Il primo aspetto modificato riguarda la lista dei Paesi sicuri di provenienza a cui vengono aggiunti Albania, Montenegro e Kosovo, contestualmente si aggravano le procedure che prevedono la presentazione di documenti probanti l'identità del soggetto (*Angaben zur Person*), foto di riconoscimento (*Lichtbild*) e maggiori controlli della polizia. Degna di nota la previsione ai sensi della quale, dopo un periodo di almeno tre mesi, e sotto precise e ristrette condizioni, il richiedente asilo può accedere ad un'attività lavorativa e per favorire tale possibilità gli viene garantito l'accesso a corsi di integrazione linguistica, opportunità questa esclusa invece per i richiedenti asilo provenienti da Paesi ritenuti sicuri.

Nel marzo del 2016 è stato approvato l'*Asylpaket II* che, oltre a confermare le regole già introdotte nel 2015, si occupa anche di rimpatrio e di ricongiungimenti familiari, sospendendo questi ultimi per due anni. La nuova normativa semplifica le procedure di validazione delle richieste d'asilo, anche se tale alleggerimento è frutto più dell'ampliamento della lista dei Paesi sicuri e del blocco dei ricongiungimenti familiari, che del reale

87. La novità più interessante della nuova previsione costituzionale è proprio l'introduzione del c.d. *sicher Drittstaat* (lo Stato terzo sicuro), principio confermato anche dall'articolo 26a dell'*Asylverfahrensgesetz*, per cui lo straniero che giunge in Germania da uno Stato terzo considerato sicuro non può invocare la protezione offerta dall'articolo 16a del *Grundgesetz*, di conseguenza il richiedente originario o che abbia transitato attraverso uno Stato terzo sicuro non ha possibilità di accedere alle procedure che determinano la concessione dell'asilo.

miglioramento della macchina burocratica⁸⁸. L'*Asylpaket II* istituisce anche una nuova forma di accoglienza definita «procedura di asilo accelerata», riservata a richiedenti provenienti da alcuni Paesi sicuri, a chi ha fornito informazioni errate o nascosto documenti, a chi non si è sottoposto alla necessaria identificazione e infine a chi rappresenta un pericolo pubblico; tutti questi soggetti verranno alloggiati in Centri di accoglienza speciale⁸⁹ le cui caratteristiche non appaiono chiaramente definite, ma nel caso in cui i *Länder* desiderino aprire un Centro di prima accoglienza speciale, devono informare il BAMF affinché questo possa aprire un ufficio locale nel territorio in questione oppure assegnare ad un altro ufficio locale la responsabilità per l'esame delle domande di asilo in procedura accelerata⁹⁰. La procedura accelerata può durare al massimo una settimana e, nel caso in cui la pratica non venga evasa in questo intervallo di tempo, allora si dovrà seguire la procedura ordinaria e il richiedente verrà trasferito in un centro "normale". In caso di rifiuto si prevede una sola settimana di tempo entro la quale il richiedente può presentare ricorso.

A queste procedure si aggiunge per lo straniero in cerca di protezione, che non soddisfa i requisiti per il riconoscimento del diritto all'asilo o di rifugiato, la possibilità di ottenere la protezione sussidiaria (*subsidiärer Schutz*), quando sussistono fondati motivi di ritenere che nel suo Paese di origine sia minacciato da un grave danno (§ 4, comma 1 AsylVfG). Per «grave danno» si intende l'imposizione o l'esecuzione della pena di morte, la tortura o un trattamento disumano o degradante, una punizione o una minaccia individuale della vita o dell'incolumità della persona a seguito della violenza indiscriminata nell'ambito di un conflitto armato interno o internazionale. Allo straniero cui è riconosciuta la protezione sussidiaria è concesso un permesso di soggiorno di un anno, prorogabile per due anni, che lo autorizza a svolgere un'attività lavorativa retribuita. Dopo sette anni esiste la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno di durata indeterminata, senza che sia necessaria una verifica, da parte dell'Ufficio federale per l'immigrazione e i rifugiati, della persistenza dei motivi di protezione. Infine, è possibile, dopo cinque anni di soggiorno nel territorio federale, l'attribuzione di un permesso di soggiorno comunitario per soggiornanti di lungo periodo.

88. Viene anche diminuito di 10 euro il totale mensile attribuito ai richiedenti asilo per i bisogni minimi quotidiani, la somma decurtata viene destinata per le spese dei corsi di lingua. Comunque il *pocket money* giornaliero tedesco rimane tra i più alti in Europa.

89. Si tratta di Centri aperti, da cui è possibile uscire durante il giorno, ma i richiedenti sono sottoposti ad un *Residenzpflicht* (obbligo di residenza) aggravato per cui se lasciano il distretto senza permesso si vedono dapprima sospendere e poi chiudere la procedura di asilo, salvo che il richiedente possa dimostrare di essersi allontanato senza colpa.

90. Si ricorda che il sistema di richiesta d'asilo in Germania è decentrato per cui ogni *Land* organizza i propri Centri di accoglienza per richiedenti asilo, ma esiste un meccanismo di quote per la redistribuzione dei richiedenti in tutto il territorio federale per cui non importa dove viene effettuata la richiesta d'asilo, poiché i richiedenti vengono distribuiti in modo proporzionale nei vari *Länder*. Nella collocazione si tiene anche conto della nazionalità dei richiedenti asilo, poiché esistono sedi locali del ministero dell'immigrazione che si occupano in particolare di alcune nazionalità di rifugiati.

In definitiva l'ordinamento tedesco, pur non trascurando le politiche volte a contingentare gli accessi, dimostra una concreta volontà di razionalizzazione e semplificazione delle procedure concernenti l'asilo rifiutando l'idea che chi viene accolto costituisca comunque un peso per la società; in questo senso il quadro normativo appare decisamente più lineare e coerente rispetto a quello italiano seppure non privo di alcune criticità e contraddizioni⁹¹.

b) *il caso francese*

Altro importante interlocutore a livello europeo rispetto alle politiche di accoglienza è la Francia la cui disciplina del diritto di asilo appare assai peculiare in quanto frutto di una stratificazione di interventi che, partendo dal dato costituzionale, si riallacciano alle convenzioni internazionali per venire poi definiti dalle discipline interne e dalle pronunce del *Conseil Constitutionnel*. Tale sovrapposizione rende difficile tratteggiare un modello unitario di asilo poiché la Francia, pur facendo parte di quei Paesi che hanno costituzionalizzato il diritto di asilo⁹², ha però al contempo evitato di sancirne una concezione soggettiva privilegiando la visione internazionalistica. In questo senso il diritto di asilo si presenta come un *droit octroyé*, perennemente in bilico tra la pienezza della previsione costituzionale e il ridimensionamento in nome del principio di sovranità. Arbitro del bilanciamento tra diritto individuale d'asilo e diritto statale d'asilo è il *Conseil Constitutionnel* a cui si deve una progressiva espansione del diritto d'asilo e proprio questa giurisprudenza garantista ha indotto il legislatore costituzionale ad intervenire, ma non al fine di esplicitare una definizione chiara ed immediatamente applicabile del diritto di asilo, bensì per tentare di arginare le conseguenze espansive di tale istituto delineate dalla giurisprudenza costituzionale.

Partendo dall'esame del dato costituzionale la solenne affermazione del Preambolo si è da subito scontrata con la difficoltà di riconoscerne l'applicabilità diretta. L'interpretazione si è modificata progressivamente grazie ad alcuni interventi del *Conseil* con cui dapprima si sono separate le figure dell'asilo e del rifugio convenzionale svincolando la nozione di "asilo" dalle fonti internazionali, facendo invece riferimento direttamente alla Costituzione ed

91. Si evidenzia come la Germania appaia particolarmente attiva nell'ambito del *resettlement* grazie al progetto avviato il 27 luglio 2016 in accordo con l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, finalizzato ad agevolare il ricongiungimento di oltre 35.000 siriani presenti in Turchia o Libano con i membri del nucleo familiare già titolari di protezione in Germania. A tale proposito cfr. <https://familyreunion-syria.diplo.de/webportal/desktop/index.html#start>.

92. È la Costituzione del 1946, al quarto comma del Preambolo a prevedere che: «*tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*», configurando il diritto di asilo quale diritto della persona. Tale enunciazione di principio ripresa dall'articolo 53-1 del Preambolo della Costituzione del 1958, presenta una sorta di continuità storica rispetto alla Costituzione del 1793.

attribuendo all'asilo ivi sancito un pieno *valeur positive* in termini di immediata precettività; poi nel 1992 si è ribadita la netta distinzione tra la figura dell'asilante politico "combattente per la libertà" e l'aspirante rifugiato. Infine, nel 1993, in occasione del sindacato di costituzionalità sulla legge di riforma dell'immigrazione, il *Conseil Constitutionnel* ha riconosciuto l'esistenza di un *droit fondamental* ad ottenere l'asilo per lo straniero richiedente che si trovi nella situazione descritta dalla Costituzione, diritto rispetto al quale l'intervento del legislatore viene considerato legittimo solo ed esclusivamente se indirizzato a renderlo più effettivo o a conciliarlo con altre regole e principi⁹³. Si tratta del c.d. *effet cliquet*, cioè quella tecnica interpretativa volta a "blindare" la coerenza interna del sistema dei principi costituzionali, per cui non è ammissibile una riduzione del livello di protezione di alcuni diritti fondamentali rispetto ai quali appaiono ipotizzabili solo "riforme al rialzo", ma mai ridimensionamenti legislativi⁹⁴. La portata espansiva e garantista della sentenza del 1993 conduce paradossalmente alla revisione costituzionale del 25 novembre 1993 contenente *accordi internazionali in materia di diritto di asilo*, modifica costituzionale volta a contenere le conseguenze espansive legate all'evoluzione giurisprudenziale, ridimensionando quindi il riconoscimento dell'asilo quale *droit fondamental*. Il nuovo articolo 53-1 frutto della revisione prevede: «*La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.*

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté

93. Cfr. Décision 92-325 DC del 12 agosto 1993. Sulle tre pronunce cfr. M. Calamo Specchia, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario in Francia tra droit d'asile e droits de résident*, in *Politica del diritto*, 1998, 1, p. 50; M. Calamo Specchia, *Il Conseil constitutionnel «svincola» il legislatore: l'abbandono dell'effet cliquet non esclude una tutela rafforzata del droit d'asile*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 1, pp. 231-232; E.D. Cosimo, *Il diritto di asilo in Francia: tra passato e futuro*, in questa *Rivista*, n. 1.2004, p. 46; N. Scattone, *Il diritto d'asilo in Italia e in Francia: quali sfide per il diritto europeo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 1, p. 82.

94. La decisione del *Conseil* suscitò un grande dibattito sia dottrinale sia politico fino alla presentazione, da parte dell'allora *Ministre de l'intérieur* Charles Pasqua, di una richiesta di parere al *Conseil d'État* per domandare se le regole fissate dal *Conseil Constitutionnel* mediante la decisione del 13 agosto del 1993 autorizzassero il Governo a far adottare dal Parlamento una disposizione legislativa che permettesse di non esaminare la domanda di asilo formulata da una persona nei casi in cui, ai sensi delle previsioni comunitarie il caso competesse ad un altro Stato. Il *Conseil d'État* indicò senza riserve come l'unica strada percorribile fosse l'adozione di una legge costituzionale che senza modificare il testo del Preambolo della Costituzione del 1946, rendesse comunque possibile una cooperazione nel trattamento delle domande di asilo con gli Stati legati alla Francia da accordi di cooperazione internazionale che avessero assunto impegni identici ai suoi. Per il testo della richiesta, nonché quello della risposta del *Conseil d'État* cfr. <http://www.conseil-etat.fr/media/document/avis/355113.pdf>.

en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif)⁹⁵.

Non vengono dunque modificate le condizioni per ottenere l'asilo, ma si esplicita la volontà di allinearsi alle posizioni europee dando attuazione alle Convenzioni di Dublino e di Schengen anche al di fuori di quanto previsto dal Preambolo della Costituzione. In tal modo, tramite l'applicazione diretta delle previsioni europee, è possibile non ammettere un richiedente asilo, negando anche ai c.d. "combattenti per la libertà" la possibilità di accedere al soggiorno temporaneo per la definizione della loro istanza. La rigidità di questa scelta appare solo in parte attenuata dal secondo comma della nuova previsione, ai sensi del quale la Repubblica non solo ha sempre il diritto di fornire asilo allo straniero perseguitato a causa della propria azione in favore della libertà, ma può anche accordare asilo allo straniero che «*sollicite la protection de la France pour un autre motif*», affermando in tal modo una sorta di "discrezionalità" dello Stato francese che attribuisce tale diritto ogniqualvolta lo reputi opportuno, anche indipendentemente da espresse statuizioni convenzionali in materia⁹⁶. La revisione risulta dunque ambigua poiché nella medesima disposizione convivono un principio di derogabilità rispetto alla previsione costituzionale contenuta nel Preambolo ed una clausola di salvaguardia e rafforzamento dello stesso la cui insindacabilità sembra comunque rimandare più alla riaffermazione del tradizionale orgoglio nazionale francese che ad un autentico interesse per i temi dell'accoglienza.

La riforma costituzionale non ha evitato successivi interventi legislativi in materia di accoglienza ed asilo: tra i più incisivi si segnala la legge n. 349 del 1998 che "confonde" in via ufficiale asilo e rifugio, affermando all'articolo 29: «*la qualità di rifugiato è riconosciuta [...] a chiunque venga perseguitato in ragione della propria azione in favore della libertà, così come a chiunque [...] rientri nella definizione di cui all'art. 1 della Convenzione di Ginevra [...] sullo status dei rifugiati*», confusione avallata anche dalla sentenza n. 399 del 1998 del *Conseil Constitutionnel* che ritiene inopportuna una disciplina dell'asilo costituzionale distinta da quella del rifugio convenzionale, poiché le domande di riconoscimento della qualità di rifugiato fondate sull'art. 1 della Convenzione di Ginevra e quelle fondate sul 4° paragrafo del Preambolo della Costituzione del 1946 presentano uno stretto legame e, pur poggiando su fondamenti giuridici distinti, richiedono l'esame delle medesime circostanze di fatto, tendendo all'attribuzione di una protezione identica. In seguito, con la legge n. 1176 del 2003, l'asilo territoriale viene sostituito con la protezione sussidiaria riconosciuta a qualunque persona che non soddisfi le condizioni per ottenere lo

95. Sulla riforma costituzionale cfr. la dettagliata ricostruzione e le riflessioni di E. Grosso, *L'ultima "querelle" sulla giustizia costituzionale in Francia: il Conseil constitutionnel e la nuova legge sull'immigrazione*, in *Quaderni di giustizia costituzionale*, 1995, p. 226.

96. In tal senso cfr. F. Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Paris et Aix-en-Provence, 1997; E.D. Cosimo, *Il diritto di asilo in Francia*, cit., p. 49.

status di rifugiato, per la quale si dimostri che sarebbe esposta, nel suo Paese, al rischio di persecuzione, a tortura o a pene gravi o trattamenti disumani o degradanti o a una minaccia grave e individuale contro la propria vita o la propria persona in ragione di violenze che risultino da situazioni di conflitto armato interno o internazionale. Viceversa, la protezione sussidiaria non può essere riconosciuta allo straniero se esiste motivo di credere che egli abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, o un grave reato di diritto comune, ovvero azioni contrarie agli scopi e ai principi della Nazioni Unite, o infine se la sua presenza in Francia costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato. Con l'adozione della legge n. 926 del 2015, il legislatore francese accoglie nell'ordinamento interno le direttive relative al c.d. Sistema europeo comune di asilo, ovvero le direttive n. 2013/32/UE e n. 2013/33/UE, al fine di migliorare le garanzie per gli stranieri richiedenti asilo e velocizzare le procedure per l'esame delle domande di asilo, ma soprattutto con l'obiettivo implicito di arginare l'incessante crescita del numero delle domande di asilo. Ai sensi di tali interventi legislativi l'organo competente per il rilascio del titolo di rifugiato e per la concessione della protezione sussidiaria è l'Ufficio francese di protezione dei rifugiati e degli apolidi (*Office français de protection des réfugiés et apatrides* - OFPRA), un ente pubblico incardinato presso il Ministero dell'interno, ma dotato di autonomia finanziaria e amministrativa. L'OFPRA, organizzato al suo interno in divisioni competenti per aree geografiche, esamina le domande di asilo e può convocare la persona interessata per un'audizione. In caso di rigetto di una domanda di asilo, il richiedente ha la possibilità di presentare, entro un mese, un ricorso presso la «Corte nazionale del diritto di asilo» (CNDA) che costituisce una giurisdizione amministrativa specializzata. La domanda di asilo può essere presentata dallo straniero alla frontiera oppure, ed è il caso più frequente, una volta che questi sia entrato nel territorio francese, e deve essere preceduta da una «domanda di ammissione al soggiorno a titolo di asilo» al prefetto del Dipartimento competente. Nel caso in cui lo straniero si trovi in un CRA (Centri di detenzione amministrativa), la domanda di autorizzazione è indirizzata al prefetto che ne ha ordinato il collocamento presso tale centro. La domanda di asilo non può essere rifiutata, a meno che non sia di competenza di un altro Stato membro dell'UE (ai sensi di quanto previsto dal Regolamento CE n. 343/2003), oppure se il richiedente proviene da un Paese in cui sono cessate le condizioni per le quali poteva avere diritto all'asilo, o comunque da un «Paese di origine sicura» in cui sono rispettati i principi di libertà e democrazia; ancora, la domanda non può essere accolta qualora la presenza in Francia dello straniero costituisca una minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, o se la domanda stessa si basa su una frode deliberata o costituisce un ricorso abusivo alle procedure del diritto d'asilo. Qualora il prefetto riscontri la sussistenza di una di queste

condizioni, può quindi negare l'ammissione al soggiorno, ma lo Stato ha tuttavia il diritto sovrano di concedere l'asilo allo straniero anche se si trova nelle succitate condizioni.

In caso di giudizio favorevole dell'OFPPRA, la legge del 2015 stabilisce che il richiedente asilo che ottiene il riconoscimento della qualità di rifugiato, ha diritto al rilascio da parte dell'autorità amministrativa competente di una carta di residente che ha validità 10 anni e può essere rinnovata. Nel caso di giudizio positivo dell'OFPPRA nei confronti di un richiedente asilo che ottiene la protezione sussidiaria, questi ha diritto al rilascio di una carta di soggiorno temporaneo recante l'indicazione «vita privata e familiare», che ha validità di un anno e può essere rinnovata. Sia la carta di residente che la carta di soggiorno temporaneo danno diritto al coniuge e ai figli del richiedente di ottenere un simile titolo di soggiorno. Entrambe le carte conferiscono inoltre al richiedente il diritto ad esercitare un'attività lavorativa⁹⁷. Qualora una domanda di asilo sia definitivamente rifiutata dall'OFPPRA e – se adita – dalla CNDA, l'interessato, a meno che non ottenga altro titolo per soggiornare in Francia, è obbligato a lasciare il Paese, altrimenti è oggetto di una misura di allontanamento e sottoponibile alle pene previste per il reato di «entrata irregolare» nel territorio.

L'ultimo atto (ad oggi) nella stratificazione legislativa francese in materia di asilo e accoglienza è rappresentato dalla legge n. 778 del 2018 che ha modificato molti articoli del Codice francese che disciplina l'ingresso e il soggiorno degli stranieri e il diritto d'asilo (*Ceseda*)⁹⁸. Tale legge è stata caratterizzata da un ingresso in vigore “scaglionato”: le previsioni concernenti la materia dell'asilo e la lotta contro l'immigrazione irregolare sono entrate in vigore il 1° gennaio 2019, quelle relative alla residenza, alla nazionalità e all'integrazione invece il 1° marzo 2019. Uno degli obiettivi principali della nuova normativa è legato alla riduzione del tempo medio di elaborazione delle domande di asilo per portarle da undici a sei mesi. A tale scopo, è previsto che lo straniero abbia solo 90 giorni (60 giorni nella Guyana francese), anziché i 120 giorni stabiliti dalla legge del 29 luglio 2015, per presentare la sua domanda di asilo una volta arrivato in Francia. Trascorso tale termine, la situazione del richiedente viene esaminata secondo una procedura accelerata, con scadenze più rigide. Il termine per presentare ricorso al Tribunale nazionale per l'asilo (CNDA) contro le decisioni dell'OFPPRA è ancora fissato in un mese (si era proposto di ridurlo a 15 giorni), ma le domande di gratuito patrocinio devono essere presentate entro quindici giorni dalla notifica della decisione OFPPRA in caso di rigetto e mancanza di effetto

97. In particolare, lo straniero che ottiene il titolo di rifugiato è tenuto a firmare un contratto di accoglienza ed integrazione con lo Stato, e beneficia di un servizio di assistenza personalizzato per la ricerca di un impiego e di un alloggio. Al fine di garantire questo servizio lo Stato conclude con gli enti territoriali e altri soggetti interessati apposite convenzioni.

98. Consultabile in <https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger>.

Sulla nuova legge cfr. Aa.Vv, *Droit des étrangers en France ce que change la loi du 10 septembre 2018*, in *Cahiers juridiques*, 2018.

sospensivo del ricorso (ciò significa che la persona può essere espulsa dal territorio francese).

Per quanto riguarda le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo, la legge prevede che il piano nazionale di accoglienza specifichi la percentuale di richiedenti asilo ricevuta in ciascuna regione e la distribuzione dei posti di alloggio a loro disposizione. L'autorizzazione per una persona a lasciare temporaneamente la regione assegnata dovrà essere concessa dall'OFII (*Office Français de l'Immigration et de l'Intégration*) in quanto dal 1° gennaio 2019, i richiedenti asilo non sono più liberi di stabilirsi o spostarsi senza l'autorizzazione di tale ufficio. In caso di inosservanza di tale obbligo, le condizioni materiali di accoglienza vengono automaticamente revocate e l'elaborazione della richiesta di asilo può essere interrotta. Tra le innovazioni virtuose della nuova legge si registrano la possibilità per i richiedenti asilo di avere accesso al mercato del lavoro dopo 6 mesi (prima il termine di attesa era di 9 mesi) mentre l'accesso ai diritti connessi allo *status* della protezione internazionale sarà effettivo dal momento di ottenimento della protezione stessa, e non dipenderà più dalla registrazione all'OFPRA; ancora, i beneficiari della protezione sussidiaria avranno diritto ad un permesso di soggiorno pluriennale della durata massima di 4 anni, trascorsi i quali diverranno titolari di una carta di soggiorno di 10 anni, mentre prima della riforma, come già visto, era concesso soltanto un permesso di soggiorno di 1 anno. Sono state previste anche modifiche nelle politiche di ricongiungimento familiare, nel senso che i minori non accompagnati beneficiari di protezione internazionale potranno essere raggiunti dai loro genitori.

Nella complicata stratificazione normativa che caratterizza l'accoglienza in Francia, e soprattutto nella sostanziale commistione tra asilo e rifugio, istituti che ormai hanno perso la propria identità diventando una sorta di ibrido multiforme, merita un'ultima considerazione il c.d. “delitto di solidarietà” volto a sanzionare chi, sia pure per scopi umanitari, presta aiuto ai richiedenti asilo ed anche ai migranti irregolari, assimilandolo ai trafficanti di uomini o alle organizzazioni criminali che lucrano sull'immigrazione clandestina⁹⁹. È opportuno sottolineare che chi si appresta ad aiutare un soggetto ad entrare o a rimanere in un Paese diverso dal proprio non può effettivamente sapere (o almeno non

99. Rispetto alle fonti del diritto dell'Unione europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare cfr. Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GUUE, L-328/17-18, 5.12.2002; Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e de soggiorno illegali, in GUUE, L 328/1-3, 5.12.2002.

Sul “delitto di solidarietà” cfr. R. Greco, *Sul “delitto di solidarietà” e i limiti del diritto di asilo*, in *federalismi.it, Focus Human Rights*, <https://www.federalismi.it/focus/index>, 2018, n. 1; M. Giacomini, *Il diritto d'asilo al bivio tra il delitto di solidarietà e il principio di fratellanza*, in *AIC Osservatorio Costituzionale*, <https://www.osservatorioaic.it/it/>, 2019, n. 1-2, p. 33.

sempre) se tale straniero possieda i requisiti per essere considerato un rifugiato, un asilante o invece un semplice migrante, per cui è possibile che riceva aiuto anche chi non ha effettivamente titolo per essere accolto. In tale ottica si evidenzia come l'ordinamento francese punisca con la pena della reclusione e con l'ammenda coloro i quali facilitano, direttamente o indirettamente, l'entrata, la circolazione o il soggiorno irregolare di stranieri¹⁰⁰. Tale censura è stata ammorbidita grazie alla lotta condotta dalle associazioni di tutela dei migranti, che ha portato all'approvazione della legge del 2012 «*modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*»¹⁰¹ che elimina il delitto di solidarietà quando l'aiuto è fornito con semplice spirito umanitario senza alcuna contropartita. In tale ottica, appare di estrema rilevanza la decisione del *Conseil Constitutionnel*, n. 2018-717/718 del 6 luglio 2018, pronuncia sorta da una *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), sollevata su istanza di due cittadini francesi, con il sostegno di alcune associazioni umanitarie operanti sulle Alpi Marittime, al confine con l'Italia, per violazione degli articoli 8 e 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino richiamata nel Preambolo della Costituzione, ed in particolare del *principe constitutionnel de fraternité*, dinnanzi alla *Cour de cassation*, e da essa rimessa al *Conseil Constitutionnel*. Protagonista della vicenda Monsieur Cédric Herrou, condannato in primo grado ad una pena pecuniaria di 3.000 euro (*Tribunal de grande instance de Nice*, 10 febbraio 2017, n. 16298000008) e in appello a quattro mesi di reclusione, per aver prestato assistenza e trasporto a circa 200 migranti in condizione irregolare. La punibilità di Monsieur Herrou veniva riconosciuta poiché l'aiuto ai migranti non era servito a fornire consulenza, vitto, alloggio o cure intese a preservare l'integrità fisica degli stranieri, ma voleva sottrarre gli stranieri alle procedure di controllo da parte delle autorità francesi in applicazione delle disposizioni di legge in materia di immigrazione. La *Cour de cassation* evidenzia un possibile vizio di incostituzionalità e rimette la questione al *Conseil Constitutionnel*, poiché vi è sotteso il principio costituzionale di fraternità, ideale e valore comune richiamato dal Preambolo e dall'art. 2 della Costituzione francese.

La decisione del *Conseil Constitutionnel* appare significativa e innovativa poiché riconosce espressamente per la prima volta il valore costituzionale del principio di fraternità affermando: *La fraternité est un principe à valeur constitutionnelle* e richiamando persino la triade rivoluzionaria *liberté, égalité, fraternité* emblema della Repubblica francese. Dalla *fraternité* il *Conseil* fa discendere la non punibilità di chi aiuta gli altri per un fine umanitario

100. Cfr. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, artt. L622-1 e L. 622-3, adottato con l'Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, più volte modificato.

101. Art. 12, l. n. 2012-1560, 31 dicembre 2012 «*relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*», JORF n. 0001 del 1° gennaio 2013.

che prescinde dalla regolarità o meno del soggiorno del soggetto straniero. Certo, è pur vero che spetta al legislatore bilanciare il principio di fraternità con l'esigenza di mantenere l'ordine pubblico, ma punire qualsiasi aiuto alla circolazione dello straniero irregolare, compreso quello che si pone come ancillare alla prestazione di aiuto al soggiorno unicamente per intenti solidaristici, non significa bilanciare le due predette esigenze bensì mortificare l'accoglienza e la solidarietà. D'altronde il principio di fraternità, pur assunto a valore costituzionale, non comporta il riconoscimento allo straniero di un diritto generale e assoluto di accesso e soggiorno nel territorio nazionale, poiché anche tale principio è comunque soggetto al bilanciamento con altri valori costituzionali tra i quali il mantenimento dell'ordine pubblico, la cui esistenza continua a giustificare la differenziazione giuridica tra aiuto alla circolazione e aiuto all'ingresso. Così l'aiuto alla circolazione si manifesta quando è già in corso una situazione di illegalità, l'aiuto all'ingresso invece contribuisce a creare la situazione di illegalità e per questo va considerato in maniera più grave. La pronuncia non sovverte dunque del tutto la previsione legislativa ma si limita a ridimensionare, senza eliminare completamente, il *délit de solidarité*¹⁰².

Nell'approccio francese all'accoglienza si evidenzia dunque una sostanziale incertezza tra l'affermazione e la piena tutela dei valori repubblicani ed umanitari e la protezione degli interessi nazionali, incertezza che naturalmente pesa sul destino di chi necessita protezione.

6. Riflessioni ed auspici

La ricognizione effettuata dimostra le forti difficoltà nella conciliazione dei principi solidaristici di accoglienza e protezione con la cura e la difesa degli interessi economici e sociali nazionali che vengono messi a dura prova dai fenomeni migratori.

La crisi sanitaria che ha interessato l'Europa negli ultimi mesi ha, almeno per un breve periodo, rimosso dall'agenda delle priorità la questione dei flussi migratori, ma non è necessario essere indovini per affermare che le nuove difficoltà economiche che stanno interessando più o meno tutto il pianeta saranno causa di nuove crisi migratorie.

L'incapacità europea di affrontare vecchie e nuove migrazioni risulta drammaticamente evidente nelle politiche di esternalizzazione dei confini attraverso la devoluzione a Paesi terzi del compito di chiudere le frontiere, spostate ai limiti dei Paesi di emigrazione. Nell'ottica di un superamento di queste politiche si sono mossi, come già accennato, nel

102. Sulla pronuncia del giudice di costituzionalità cfr. A.M. Lecis Cocco Ortu, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un'importante pronuncia sul "reato di solidarietà"*, in *Diritti Comparati*, <https://www.diritticomparati.it/>, 30 luglio 2018.

Rispetto alla vicenda all'origine della pronuncia si segnala che il 13 maggio 2020 la Corte d'appello di Lione ha assolto in via definitiva Cédric Herrou.

giugno 2020, i Paesi che più di tutti sopportano il carico delle migrazioni via mare: Italia, Spagna, Grecia, Cipro e Malta, chiedendo, con un documento congiunto, alle istituzioni comunitarie di mettere finalmente mano alla riforma dei Regolamenti di Dublino, in quanto il principio cardine delle politiche migratorie e d'asilo europee nella loro dimensione interna dovrebbe essere «*la solidarietà e l'equa ripartizione della responsabilità*», così come previsto dall'articolo 80 TFUE¹⁰³. In tale direzione sembra muoversi, seppure con molte cautele, il Patto sull'immigrazione e l'asilo presentato il 23 settembre 2020 dalla Commissione europea.

Il peso delle migrazioni, così come la promozione dei diritti fondamentali, devono essere responsabilità dell'Unione e dei suoi Stati membri nel loro insieme e non soltanto degli Stati membri frontalieri del Mediterraneo. Per questo deve essere superato il criterio della responsabilità esclusiva in capo allo Stato membro di primo ingresso del richiedente asilo, al fine di «*garantire una politica migratoria e d'asilo effettiva ed improntata all'equa ripartizione degli oneri tra tutti gli Stati membri, in particolare a fronte di flussi migratori di massa o straordinari*». Nel documento si chiede di prevedere una specificità della gestione delle frontiere marittime; di introdurre un meccanismo obbligatorio di ricollocazione che distribuisca fra tutti gli Stati membri coloro che entrano in Europa indipendentemente dal Paese di ingresso, e di gestire i rimpatri attraverso un meccanismo europeo comune che faccia perno su una rafforzata cooperazione con i Paesi terzi. L'obbligatorietà, contrapposta alla volontarietà, e la gestione della ripartizione delle quote attraverso un sistema centralizzato a livello europeo, rappresentano il vero elemento di novità rispetto al sistema vigente.

Quello che continua a mancare è un convincente modello europeo di asilo, e in questo vuoto si muovono con disinvoltura le legislazioni nazionali che non sempre sembrano intenzionate a garantire i diritti fondamentali dell'individuo, inficiati non solo da persecuzioni e guerre ma anche dall'estrema povertà che rende “irraggiungibili” i diritti di libertà. In questo quadro sconcertante, in cui la politica si nutre troppo spesso di odio e ostilità verso lo straniero considerato come un peso e non come una possibile risorsa, si auspica la creazione di un modello unitario, di un sistema di *burden sharing*, cioè di una rete di solidarietà tra gli Stati membri, capace di realizzare ideali di libertà e ospitalità conciliandoli con il contenimento dell'immigrazione clandestina e della criminalità ad essa inevitabilmente connessa¹⁰⁴.

103. Per il testo del documento si veda www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/documento_immigrazione_cipro_italia_grecia_malta_spagna.pdf.

104. Si parla di *burden sharing* nel senso di «condivisione degli oneri» o meglio, secondo l'impostazione più recente espressa nel Trattato di Lisbona, «condivisione delle responsabilità» e «solidarietà tra gli Stati membri». L'idea del *burden sharing* non è nuova considerando che si muovevano in questo senso, già dalla fine degli anni '70, l'UNHCR e il Comitato

Gli sforzi fatti dalla società civile sono importanti e vanno considerati dalla politica per programmare strategie nuove e virtuose poiché, se l'Europa nel suo insieme non saprà o non vorrà affrontare questa sfida elaborando nuove strategie comuni di accoglienza, allora la sua dissoluzione sarà inevitabile giacché un insieme di egoismi non può certo essere alla base di un'Unione degna di questo nome e segnerà fatalmente il passo anche in altri frangenti fondamentali¹⁰⁵.

Concludo queste mie riflessioni, che certo non esauriscono il tema dell'accoglienza, riportando con grande soddisfazione le parole del nostro Presidente Sergio Mattarella, da sempre particolarmente attento ai problemi dell'accoglienza, il quale, lo scorso 20 giugno in occasione della giornata mondiale del rifugiato, ha affermato: «*L'impatto della pandemia aggrava ancor di più la critica condizione di quanti, a causa di conflitti o per la violazione di diritti fondamentali, sono costretti a fuggire dal proprio Paese... . Il fenomeno delle migrazioni conta su un approccio italiano basato su strumenti importanti quali il programma nazionale di reinsediamento e i corridoi umanitari per rifugiati particolarmente vulnerabili, privi della protezione statale del Paese d'origine e colpiti in misura considerevole dalle restrizioni determinate dall'attuale emergenza sanitaria. La nostra azione di protezione e assistenza non può deflettere o indebolirsi ma deve, anzi, rafforzarsi, con l'elaborazione di un nuovo corso dell'Unione europea in materia di migrazioni e asilo, nel segno di un più incisivo e condiviso impegno comune...*».

Mi auguro sinceramente che la politica voglia raccogliere queste importanti sollecitazioni e si diriga verso forme di accoglienza capaci di rispettare la sovranità dello Stato, ma soprattutto la dignità della persona.

Esecutivo dell'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati, riferendosi ad un principio di solidarietà internazionale definendolo «...as a primary condition for the practice of liberal asylum policies and for the effective implementation of international protection in general» (cfr. General Conclusion N. 11 (XXIX) – 1978, www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68c447.html). In tempi più recenti l'UNHCR ha tentato di porre rimedio all'assenza di obblighi giuridici degli Stati nei confronti dei rifugiati promuovendo la collaborazione tra i Paesi del sud del mondo, dove è presente il maggior numero di rifugiati, e quelli occidentali, i quali hanno maggiori capacità di accoglienza. Non esistendo una struttura giuridica chiara a sostegno del principio di *burden sharing*, tale cooperazione si è limitata ad iniziative *ad hoc* indirizzate a risolvere situazioni di crisi localizzate in determinate aree geografiche.

105. La scarsa capacità di coesione europea è emersa palesemente in occasione delle decisioni relative al c.d. Recovery Fund cioè il fondo per la ripresa elaborato dalla Commissione per aiutare gli Stati alle prese con la crisi economica innescata dalla pandemia di Coronavirus. Lo stanziamento di circa 750 miliardi di euro (di cui 500 miliardi a fondo perduto e 250 sotto forma di prestiti a condizioni favorevoli) ha infatti raccolto l'opposizione dei cosiddetti Paesi "frugali" (Paesi Bassi, Austria, Danimarca e Svezia), fin dall'inizio scettici rispetto alla proposta di Bruxelles. Questi Stati "rigoristi" volevano abbassare l'ammontare totale del fondo e, in particolare, gli aiuti a fondo perduto. Insomma, ogni volta in cui l'Unione dovrebbe mostrare un rassicurante volto comune, le divergenze emergono in maniera sconcertante.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

LE PROCEDURE ACCELERATE PER L'ESAME DELLA DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE: ANALISI DELL'ART. 28-BIS, D.LGS. N. 25/2008

di Noris Morandi

***Abstract:** Negli ultimi cinque anni il sistema di asilo italiano è stato interessato da numerose riforme strutturali di ampia portata, che hanno inciso sulle fondamenta e sul contenuto dell'impianto sistematico originario. Il d.l. n. 113/2018 ha realizzato da ultimo un forte depotenziamento del diritto di asilo, attraverso la contrazione dei diritti dei richiedenti asilo e l'abbassamento dei livelli di tutela, peraltro già gravemente compromessi dalle ultime riforme. Il richiedente asilo viene di fatto limitato nell'accesso alla procedura e nelle possibilità di partecipazione attiva alla stessa; è ostacolato nell'esercizio del diritto di difesa, e marginalizzato anche fisicamente, sempre più spesso trattenuto o mantenuto ai confini del territorio italiano. Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione della disciplina in materia di procedure accelerate, e tiene conto delle ultime modifiche introdotte dallo schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, che riscrive completamente le norme dedicate all'esame prioritario ed alle procedure accelerate, ma che tuttora non è stato pubblicato.*

***Abstract:** In the last five years, the Italian asylum system has been affected by numerous far-reaching structural reforms, which had an impact on the foundations and content of the original system. The d.l. n. 113/2018 has recently strongly undermined the right of asylum, through the contraction of the rights of asylum seekers and the reduction of the levels of protection, already seriously compromised by the latest reforms. The possibility to access to the procedure for asylum seekers is now limited, as well as their possibility to actively participate in it. The asylum seeker is often obstructed in the exercise of the right of defense and marginalized even physically, increasingly detained, or maintained at the borders of the Italian territory. This contribution aims to analyze the evolution of the legislation on accelerated procedures and takes into account the last changes included in the framework of the new legislative decree containing urgent provisions on immigration, that completely rewrites the rules on accelerated and prioritized asylum procedures, but which has not been published yet.*

LE PROCEDURE ACCELERATE PER L'ESAME DELLA DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE: ANALISI DELL'ART. 28-BIS, D.LGS. N. 25/2008

di Noris Morandi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione del quadro normativo delle procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: l'attuazione della direttiva n. 2005/85/CE. – 3. Il decreto legislativo n. 142/2015 e l'introduzione dell'art. 28-bis. – 4. Il decreto legge n. 113/2018 e la nuova formulazione dell'art. 28-bis da parte dello schema di decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri del 5 ottobre. – 4.1. La prima domanda reiterata. – 4.2. La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente asilo sottoposto a procedimento penale e trattenuto, o condannato con sentenza non definitiva. – 4.3 La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente asilo trattenuto. – 4.4. La procedura accelerata di frontiera o nelle zone di transito. – 4.5. La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro. – 4.6. La domanda manifestamente infondata. – 4.7. La domanda di protezione internazionale strumentale ad evitare l'allontanamento dal territorio. – 5. Le garanzie procedurali nell'ambito delle procedure accelerate. – 6. Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo: le prospettive di riforma. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Negli ultimi cinque anni il sistema di asilo italiano è stato interessato da numerose riforme strutturali di ampia portata, che hanno inciso sulle fondamenta e sul contenuto dell'impianto sistematico originario: dalla creazione di un sistema binario, ma iniquo, dell'accoglienza, con l'attuazione della direttiva 2013/33/UE, alla tanto attesa riforma organica della normativa in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati¹, alla riforma delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale², per poi giungere ai critici interventi normativi operati con i provvedimenti d'urgenza del 2017 e del 2018.

* Avvocato del Foro di Firenze.

1. Legge 7.4.2017, n. 47. Disposizioni in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati, pubblicata in G.U. n. 93 del 21.4.2017.

2. Decreto legislativo 22.12.2017, n. 220. Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18.8.2015, n. 142, di attuazione 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, pubblicato in G.U. n. 12 del 16.1.2018.

Se il decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con l. n. 46/2017, cd. decreto Minniti-Orlando, è intervenuto prevalentemente modificando la struttura e la procedura della fase giurisdizionale di esame della domanda di protezione internazionale, per rispondere all'esigenza di accelerazione dei procedimenti giurisdizionali di protezione internazionale, rendendo ad esempio eventuale l'audizione del richiedente ed abrogando il secondo grado di giudizio, il decreto legge 4 ottobre 2018 n. 113, convertito con l. n. 132/2018, cd. decreto Salvini, ha modificato il contenuto della protezione garantita dallo Stato italiano, abrogando quella umanitaria ed introducendo nuove fattispecie di permessi di soggiorno e, per quanto qui di maggiore interesse, introducendo istituti che hanno la dichiarata finalità di porre fine a strumentalizzazioni e forme di abuso del diritto di asilo, come il concetto di Paese di origine sicuro, la procedura accelerata di frontiera o quella di esame immediato della domanda.

Il 5 ottobre, a distanza di due anni esatti dall'entrata in vigore del cd. decreto Salvini, il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legge c.d. Lamorgese, tuttora in attesa di pubblicazione, e che ha letteralmente l'obiettivo di porre rimedio alle numerose criticità di rilievo costituzionale ed internazionale sorte a seguito dell'adozione del d.l. n. 113/2018, nonché ad alcuni aspetti funzionali che avevano generato difficoltà applicative, rispondendo in particolare «all'esigenza di dar seguito alle osservazioni formulate dalla Presidenza della Repubblica in sede di emanazione del decreto legge n. 113/2018»³.

Numerose sono le novità introdotte dallo schema di decreto legge citato, alcune sono palesemente dirette a riproporre lo schema normativo previgente al d.l. n. 113/2018, altre presentano profili decisamente innovativi e migliorativi. Non potendo che sinteticamente accennare al contenuto complessivo del nuovo testo normativo, sicuramente gli interventi di maggiore rilievo riguardano le misure correttive che consentono di garantire nuovamente copertura giuridica ad un'ampia gamma di fattispecie concrete rimaste prive di tutela a seguito dell'abrogazione della protezione umanitaria, realizzate con la previsione di una nuova ipotesi di divieto di respingimento e di espulsione connessa al rischio di violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, e con la modifica dei criteri di applicazione, in senso estensivo, delle tipologie di permessi di soggiorno di più recente introduzione. A ciò si aggiunga che il decreto equipara il contenuto dei diritti del permesso di soggiorno per protezione speciale a quello del vecchio permesso per motivi umanitari, allungandone la durata a due anni e prevedendone la convertibilità in un

3. Si veda: «Relazione illustrativa allo schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento e di contrasto all'utilizzo distorto del web», del 5.10.2020.

permesso di soggiorno per motivi di lavoro, misura quest'ultima che viene positivamente introdotta anche per un'altra ampia gamma di permessi di soggiorno. Il sistema di accoglienza per richiedenti asilo e beneficiari della protezione internazionale viene nuovamente rimodulato e rinominato in «Sistema di accoglienza ed integrazione», con il ritorno ad un sistema di accoglienza binario e per fasi, ove l'accoglienza è garantita in via principale nelle strutture previste dall'art. 1-*sexies* del d.l. n. 416/1989, ove possono nuovamente essere accolti i richiedenti protezione internazionale, insieme ai titolari della protezione internazionale e di altre tipologie di permesso di soggiorno espressamente previste. Alquanto irragionevole, invece, appare l'esclusione dei richiedenti protezione internazionale dai servizi finalizzati all'integrazione, seppur si assuma, a giustificazione della differenziazione, le indicazioni della Corte dei Conti e, quindi, la necessità di evitare di riconoscere un «diritto di permanenza indistinto» a tutti coloro che non dovessero avere diritto ad una forma di protezione. La riformulazione degli articoli 28 e 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 garantisce un miglioramento in termini di razionalità e coerenza interna, ma non offre una risposta realmente efficace in termini di garanzie procedurali e tutela giurisdizionale del richiedente protezione internazionale che veda esaminata, in via accelerata, la sua domanda. Infine, il decreto riduce i termini massimi del trattenimento, introducendo però una nuova ipotesi, e porta a trentasei mesi la durata del procedimento di concessione della cittadinanza italiana, perdendo tuttavia l'occasione di intervenire in maniera organica in queste materie.

Il presente contributo, che ha necessitato di un'integrale revisione alla luce dell'approvazione del nuovo schema di decreto legge, s'incentrerà sull'analisi della disciplina normativa in materia di procedure accelerate di esame della domanda di protezione internazionale, in particolare sulle criticità emerse dall'introduzione dell'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, per come modificato dagli articoli art. 7-*bis*, co. 1, lett. e) e art. 9, co. 1, lett. b) del d.l. n. 113/2018, che ha ampliato le ipotesi di procedure accelerate, ed alla luce delle modifiche introdotte con il decreto legge di più recente approvazione, che ha integralmente riformulato l'art. 28-*bis* d.lgs. n. 25/2008.

La finalità dell'introduzione nell'ordinamento giuridico di un ventaglio sempre più ampio di procedure accelerate è stato evidentemente quello di assicurare un più rapido esame delle domande in presenza di determinate condizioni che, per il legislatore, sono aprioristicamente considerati fattori rilevatori di una domanda infondata o comunque pretestuosa.

Se certamente la garanzia di un esame rapido della domanda di protezione internazionale risponde sia ad un interesse dello Stato, che ha l'obiettivo di rimuovere il prima possibile dal territorio chi non ha diritto alla protezione, sia ad un interesse del richiedente asilo, che ha invece interesse a giungere il prima possibile alla definizione certa

della sua condizione giuridica, l'accelerazione della procedura non può escludere né limitare l'esercizio del diritto di asilo, con una riduzione delle garanzie fondamentali o con l'adozione di decisioni ingiuste, violando altrimenti diritti di portata internazionale e costituzionale, quali, tra gli altri, quello al non respingimento o ad una tutela giurisdizionale effettiva.

L'impatto della previsione di procedure accelerate nel sistema di esame della domanda di protezione internazionale dipende primariamente dall'estensione della loro applicazione, che deve essere orientata al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, in generale e nei singoli casi, e dunque portare ad un'interpretazione rigorosa delle fattispecie tipiche normativamente previste. La combinazione tra tempi rapidi di esame della domanda, e di deficienze nel rispetto delle garanzie procedurali, o di difficoltà nell'accesso all'assistenza legale o alla mediazione linguistica può, infatti, seriamente minare il diritto sostanziale del richiedente asilo di accedere alla protezione.

L'infelice tecnica legislativa utilizzata dal legislatore del 2018 ha offerto all'interprete una norma di difficile lettura, caratterizzata da continui rinvii ad altre disposizioni e da sovrapposizioni di ipotesi, con evidenti profili di incompatibilità con la direttiva n. 2013/32/UE, e dando luogo ad incertezze interpretative ed attuazioni illegittime. Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre riscrive integralmente l'art. 28-*bis* del d.lgs. n. 25/2008, offrendo sicuramente una norma di più facile ed immediata lettura, che risolve talune delle criticità sistematiche emerse dall'applicazione del testo previgente, che si ricorda è ancora in vigore, con la previsione di termini certi, ricomprendendo tra le procedure accelerate quella immediata prevista dall'art. 32, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, uniformando, al ribasso, la disciplina della tutela giurisdizionale, ma non risolvendo le carenze in termini di garanzie procedurali.

2. L'evoluzione del quadro normativo delle procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: l'attuazione della direttiva n. 2005/85/CE

L'impianto normativo che disciplina ambito e modalità di applicazione delle procedure accelerate è definito dal decreto legislativo 28.1.2008, n. 25 cd. decreto procedure, ed ha base giuridica nella direttiva n. 2013/32/UE del 26.6.2013, cd. direttiva procedure⁴.

Le procedure accelerate, propriamente dette, sono comparse nell'ordinamento giuridico italiano soltanto con il decreto legislativo 18.8.2015, n. 142, contenente le

4. La direttiva n. 2013/32/UE è stata attuata nell'ordinamento italiano dal decreto legislativo 18.8.2015, n. 142, che ha modificato il decreto legislativo 28.1.2008, n. 25, e che è entrato in vigore il 30.9.2015.

disposizioni di attuazione della direttiva 2013/32/UE, che ha introdotto l'art. 28-*bis* d.lgs. n. 25/2008, rubricato appunto «procedure accelerate».

Il testo originario del decreto legislativo n. 25/2008, e vigente sino al 29.9.2015, non conteneva infatti la previsione di un articolo dedicato alle «procedure accelerate», nonostante la direttiva n. 2005/85/CE già attribuisse agli Stati membri la facoltà di adottarle⁵.

L'allora testo normativo non stabiliva, dunque, alcuna distinzione tra una procedura ordinaria ed una o più procedure accelerate, ma prevedeva una procedura unica caratterizzata da un esame completo nel merito della domanda e dalla garanzia di un rimedio giurisdizionale effettivo. A tale procedura generale il legislatore aveva affiancato la previsione di ipotesi tipiche di esame prioritario (art. 28)⁶ e di inammissibilità della domanda (art. 29)⁷, che presentavano effettivamente profili procedurali diversi.

Tra le ipotesi di esame prioritario, solo per la domanda presentata dal richiedente asilo trattenuto il legislatore aveva previsto un'accelerazione temporale della procedura (sette giorni per lo svolgimento dell'audizione e due giorni per l'adozione della decisione), nonché il dimezzamento dei termini per la proposizione del ricorso in via giurisdizionale (quindici giorni anziché trenta), e la mancanza di effetto sospensivo automatico del ricorso⁸, secondo lo schema di procedura accelerata previsto oggi e che esamineremo nel proseguo.

5. Art. 23, par. 3 e 4, direttiva n. 85/2005/CE. Per un esame approfondito delle procedure accelerate previste dalla direttiva n. 85/2005/CE, si veda: M. Reneman, *Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a fair balance between the need to process asylum cases efficiently and the asylum applicant's EU right to an effective remedy*, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 25, n. 4, pp. 717-748.

6. Art. 28. Esame prioritario. «1. La Commissione territoriale esamina in via prioritaria la domanda, conformemente ai principi fondamentali e alle garanzie di cui al capo II, quando: a) la domanda è palesemente fondata; b) la domanda è presentata da un richiedente appartenente alle categorie di persone vulnerabili indicate dall'articolo 8 del decreto legislativo 30.5.2005, n. 140; c) la domanda è presentata da un richiedente per il quale sono stati disposti l'accoglienza o il trattenimento ai sensi degli articoli 20 e 21, fatto salvo il caso in cui l'accoglienza sia disposta per verificare o accertare l'identità del richiedente [...]».

7. Art. 29. Casi di inammissibilità della domanda. «1. La Commissione territoriale dichiara inammissibile la domanda e non procede all'esame, nei seguenti casi: a) il richiedente è stato riconosciuto rifugiato da uno Stato firmatario della Convenzione di Ginevra e possa ancora avvalersi di tale protezione; b) il richiedente ha reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del Paese di origine».

8. La previsione di una procedura diversificata per l'esame della domanda presentata da un richiedente asilo sottoposto a trattenimento, era presente nell'ordinamento italiano ancor prima dell'elaborazione delle direttive in sede europea, e già era ricondotta all'esigenza di riduzione dei tempi di esame della domanda, sia per la condizione di limitazione della libertà personale del richiedente, ma soprattutto per l'esigenza pubblicistica di garantire effettività al trattenimento con il rimpatrio del soggetto. L'art. 32 della legge 30.7.2002 n. 189, cd. Legge Bossi Fini, aveva infatti modificato il d.p.r. n. 416/1989 con l'introduzione tra gli altri degli artt. 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, poi abrogati dal d.lgs. n. 25/2008, con cui erano state introdotte nella lacunosa normativa italiana sull'asilo, le prime ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo, distinguendo tra ipotesi di trattenimento obbligatorio e trattenimento facoltativo, e prevedendo solo per le prime lo svolgimento di una procedura semplificata di esame della domanda di asilo, da esaurirsi nel termine di venti giorni (trasmissione della domanda alla Commissione entro due giorni, audizione del richiedente nei successivi quindici, e adozione della decisione nei successivi tre giorni), contro i trentacinque giorni di durata della procedura ordinaria da

L'esclusione di un esame completo della domanda, invece, era limitato ai casi di inammissibilità della domanda, identici a quelli tuttora previsti, a cui con il d.l. n. 113/2018 è stata affiancata, con profili procedurali diversi, la nuova ipotesi dell'art. 29-*bis*, oggetto di ulteriore modifica da parte dello schema di decreto legge del 5 ottobre. Per queste ipotesi, tuttavia, il legislatore del 2005 aveva previsto l'applicazione del termine ordinario di trenta giorni per la formulazione dell'eventuale ricorso giurisdizionale, e l'esclusione, invece, dell'effetto sospensivo automatico del ricorso.

Di tutt'altra natura, e priva di effetti giuridici pregiudizievoli per il richiedente asilo, infine, era l'ipotesi di omissione del colloquio personale nel caso di domanda fondata, o di incapacità/impossibilità documentata del richiedente asilo di sostenere il colloquio personale (art. 12, co. 2)⁹.

Il quadro giuridico conseguente all'attuazione della prima direttiva procedure, che pur si poneva l'obiettivo di realizzare un'armonizzazione di basso livello tra le procedure di esame della domanda di protezione internazionale nei diversi Stati membri, non è stato, dunque, incisivamente caratterizzato dall'introduzione nell'ordinamento italiano dei nuovi istituti unionali, che pur avrebbero consentito in ben quindici ipotesi diverse di esaminare in maniera prioritaria o accelerata la domanda di protezione internazionale. Il sistema di asilo ha così continuato a mantenere un livello elevato di tutela nell'accesso alla procedura di asilo e di efficacia della tutela giurisdizionale, che saranno mano a mano erosi dai successivi interventi normativi, sempre maggiormente tesi al pieno adeguamento alla normativa europea ed all'inclusione di procedure diversificate, finalizzate all'accelerazione dell'esame delle domande in circostanze determinate, ritenute sintomatiche dell'infondatezza della pretesa o dell'uso strumentale della procedura.

3. Il decreto legislativo n. 142/2015 e l'introduzione dell'art. 28-*bis*

Come già anticipato, il decreto legislativo n. 142/2015, che ha dato attuazione alla direttiva n. 2013/33/UE in materia di accoglienza, e alla direttiva n. 2013/32/UE in

applicarsi invece in tutte le altre ipotesi. All'espletamento della diversa procedura di esame della domanda, tuttavia, il legislatore non aveva ricondotto differenti effetti giuridici, prevedendo la normativa, ad eccezione della possibilità di riesame della decisione per il richiedente asilo trattenuto, nel caso di «elementi sopravvenuti ovvero preesistenti, non adeguatamente valutati in prima istanza», identiche modalità di impugnazione, caratterizzate da un termine ridotto per la formulazione del ricorso giurisdizionale (quindici giorni) e mancanza di effetto sospensivo. Sia nel caso della procedura semplificata, che di quella ordinaria, la possibilità di autorizzazione del richiedente asilo alla permanenza sul territorio italiano in attesa dell'esito del ricorso era attribuita al prefetto territorialmente competente.

9. Art. 12. Colloquio personale. «[...] 2. La Commissione territoriale può omettere l'audizione del richiedente quando ritiene di avere sufficienti motivi per accogliere la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato in relazione agli elementi forniti dal richiedente ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 19.11.2007, n. 251, ed in tutti i casi in cui risulti certificata dalla struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale l'incapacità o l'impossibilità di sostenere un colloquio personale».

materia di procedure, ha modificato ampiamente il d.lgs. n. 25/2008, e per quanto qui d'interesse ha introdotto l'art. 28-*bis*, rubricato «procedure accelerate».

Né la direttiva europea né il decreto legislativo contengono una definizione di «procedura accelerata», né una definizione è altrimenti rinvenibile a livello internazionale o regionale, tuttavia, è generalmente accettato che per procedura accelerata s'intenda una procedura caratterizzata da termini ridotti, rispetto alla procedura generale o ordinaria, per l'adozione della decisione finale.

L'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, per come formulato dal d.lgs. n. 142/2015, ha compreso l'ipotesi della domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente trattenuto tra quelle sottoposte a procedura accelerata, disciplinandola al comma 1 secondo il già noto schema dello svolgimento dell'audizione entro sette giorni dal ricevimento della domanda, e dell'adozione della decisione nei successivi due giorni.

Al comma 2, invece, il legislatore ha introdotto una procedura accelerata con termini raddoppiati, da applicarsi nelle ipotesi di nuovo conio di: a) domanda manifestamente infondata in quanto il richiedente ha sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale; b) domanda reiterata ai sensi dell'art. 29, co. 1, lett. b)¹⁰; c) domanda presentata dopo che il richiedente è stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera, ovvero dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento.

Al comma 3, inoltre, il legislatore ha regolamentato anche l'ipotesi di superamento dei termini «accelerati» per l'esaurimento della procedura, limitandola ai soli casi in cui sia necessario a consentire «un esame adeguato e completo della domanda», e comunque nei limiti dei termini massimi di durata della procedura ordinaria, previsti in via generale all'art. 27, d.lgs. n. 25/2008, ridotti ad un terzo per la sola ipotesi di richiedente asilo trattenuto.

All'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di un ampio novero di fattispecie sottoposte a procedure accelerate, ha fatto eco l'importante modifica dell'art. 19 d.lgs. n. 150/2011, disciplinante le controversie in materia di protezione internazionale, e che ha ricondotto alle ipotesi di applicazione di una procedura accelerata la produzione nella fase giurisdizionale di particolari effetti giuridici, caratterizzati dalla contrazione del diritto di

10. Art. 29. Casi di inammissibilità della domanda. «1. La Commissione territoriale dichiara inammissibile la domanda e non procede all'esame, nei seguenti casi: [...] b) il richiedente ha reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine».

difesa del richiedente protezione internazionale¹¹, e consistenti nel dimezzamento dei termini di impugnazione, e nell'esclusione dell'automatico diritto di rimanere sul territorio sino all'adozione della decisione sul ricorso.

Con le previsioni normative sopra richiamate, dunque, il legislatore italiano ha introdotto nell'ordinamento italiano taluni degli strumenti procedurali previsti a livello europeo, e già conosciuti da altri Stati membri, dando avvio a quella progressiva erosione del diritto di asilo, poi volutamente esibita con il d.l. n. 113/2018.

Nonostante l'introduzione delle procedure accelerate, il d.lgs. n. 142/2015 ha anche introdotto talune garanzie procedurali apprezzabili.

Innanzitutto, le ipotesi di inammissibilità della domanda di protezione internazionale, non modificate, sono state sottoposte all'esame preliminare del Presidente della Commissione territoriale, espressamente finalizzato «ad accertare se emergono o sono stati adottati» nuovi elementi rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale¹². È stata altresì prevista l'obbligatorietà dell'audizione del richiedente asilo già riconosciuto rifugiato da altro Stato (art. 29, co. 1, lett. a)) e l'obbligo di informare il richiedente circa la possibilità di produrre osservazioni a sostegno dell'ammissibilità della domanda nell'ipotesi di domanda reiterata *sub* lett. b), garanzia quest'ultima successivamente abrogata dal d.l. n. 113/2018.

Le modifiche normative hanno coinvolto anche l'art. 28 d.lgs. n. 25/2008, dedicato ai casi di esame prioritario, con la riformulazione, senza modifiche, delle ipotesi già previste al comma 1, l'introduzione della nuova lett. *c-bis*) dedicata all'ipotesi di omissione del colloquio individuale per i richiedenti asilo provenienti da Paesi titolati all'ottenimento di una forma di protezione sussidiaria¹³ (norma rimasta sinora inattuata) e l'introduzione del nuovo comma 1-*bis*, che ha attribuito al Presidente della Commissione territoriale il compito di individuare i casi di procedura prioritaria e accelerata¹⁴.

La potenziale portata dirompente dell'introduzione nel sistema d'asilo italiano di un ampio ventaglio di ipotesi sottoponibili a procedura accelerata, è stata in pratica

11. L'art. 19 del d.lgs. n. 150/2011 sarà poi abrogato dal decreto legge 17.2.2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla legge 13.4.2017, n. 46.

12. Art. 29, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008.

13. Art. 12, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008: «Fuori dei casi previsti dal comma 2, la Commissione territoriale può omettere l'audizione del richiedente proveniente da uno dei Paesi individuati ai sensi dell'articolo 5, co. 1-*bis*, quando ritiene di avere sufficienti motivi per riconoscere lo *status* di protezione sussidiaria sulla base degli elementi in suo possesso. In tal caso, la Commissione prima di adottare la decisione formale comunica all'interessato che ha facoltà di chiedere, entro tre giorni dalla comunicazione, di essere ammesso al colloquio e che in mancanza di tale richiesta la Commissione adotta la decisione».

14. Art. 29, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008. «Ai fini dell'attuazione delle disposizioni di cui al comma 1 e all'articolo 28-*bis*, il Presidente della Commissione territoriale, sulla base della documentazione in atti, individua i casi di procedura prioritaria o accelerata».

ridimensionata dalla loro applicazione marginale, fatta eccezione per le ipotesi di domande di protezione internazionale presentate da richiedenti asilo trattenuti e dal più diffuso ricorso all'adozione di decisioni di manifesta infondatezza che hanno rilevato la diffusione sul territorio di prassi amministrative profondamente diversificate e talvolta illegittime¹⁵.

4. Il decreto legge n. 113/2018 e la nuova formulazione dell'art. 28-bis da parte dello schema di decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri del 5 ottobre

La sintetica panoramica dell'evoluzione della disciplina normativa in materia di procedure accelerate, sino a poche settimane fa, trovava il suo punto d'arrivo nel decreto legge 4.10.2018 n. 113, convertito con modificazioni con legge 1.12.2018, n. 132, che non solo ha introdotto modifiche di carattere strutturale nell'ambito della procedura di esame della domanda di protezione internazionale, ma più in generale nell'intero sistema d'asilo italiano, incidendo profondamente sia sul sistema di accoglienza dei richiedenti asilo, che sul contenuto del diritto alla protezione.

Con l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri dello «schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento e di contrasto all'utilizzo distorto del web», il 5 ottobre scorso, la normativa in materia di accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale e in materia di procedure di esame delle domande di protezione internazionale, è stata nuovamente oggetto di un intervento incisivo e finalizzato per lo più a porre rimedio alle numerose criticità emerse dall'adozione e dall'attuazione del decreto legge del 2018.

Per quanto qui d'interesse, lo schema di decreto legge si pone dichiaratamente l'obiettivo di realizzare una maggiore coerenza tra le disposizioni legislative interne, in materia di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, e le norme della direttiva n. 2013/32/UE, ed inoltre, al fine di «chiarire la sovrapposizione di successivi interventi normativi, foriera di incertezze interpretative»¹⁶, riscrive le norme relative all'esame prioritario (art. 28, d.lgs. n. 25/2008) e alle procedura accelerate (art. 28-bis,

15. La valutazione di manifesta infondatezza della domanda, in base alla stessa prospettazione del richiedente, è un *prius* logico rispetto all'adozione della procedura accelerata, pertanto, secondo la disciplina prevista con le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 142/2015 non poteva conseguire allo svolgimento di una procedura ordinaria, si veda: Corte app. Napoli, sentenza n. 17 del 3.1.2018.

16. Si veda: «Relazione illustrativa allo schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento e di contrasto all'utilizzo distorto del web», del 5.10.2020.

d.lgs. n. 25/2008), garantendo una maggiore razionalità del sistema procedurale, con la previsione ora di termini più precisi, ma anche più stringenti, e distinguendo le funzioni dei due diversi istituti: l'esame prioritario, diretto a rendere più celere il procedimento al fine di esaminare istanze che hanno una manifesta fondatezza o che sono presentate da persone vulnerabili, la procedura accelerata riservata invece ai casi in cui si ritiene di poter presumere un uso strumentale della domanda.

Resta tuttavia ferma la *ratio* che aveva già portato il legislatore del 2018 ad ampliare il ricorso ad istituti e strumenti procedurali, quali il concetto di Paese di origine sicuro e l'ampliamento delle procedure accelerate, che trovano fondamento nella convinzione, tramutata in presunzione giuridica, che la richiesta di asilo sia infondata o strumentale, che il richiedente asilo menta o nasconda elementi fondamentali per l'esame della sua domanda e che ciò giustifichi la riduzione delle garanzie e delle tutele.

Ed infatti, sebbene lo schema di decreto legge riformuli in termini di maggiore coerenza sistematica sia l'art. 28-*bis* che l'art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, uniformando la disciplina procedurale e di tutela giurisdizionale applicabile alle diverse ipotesi di procedura accelerata, e risolva talune incertezze interpretative, non riduce, anzi amplia, l'ambito di applicazione delle procedure accelerate, mantenendo pertanto un sistema per cui l'eccezione procedurale si eleva a regola.

Il quadro giuridico resta dunque caratterizzato da un forte depotenziamento del diritto di asilo, attraverso la contrazione dei diritti dei richiedenti asilo e l'abbassamento dei livelli di tutela, peraltro già gravemente colpiti dalle ultime riforme. Il richiedente asilo è di fatto limitato nell'accesso alla procedura e nelle possibilità di partecipazione attiva alla stessa, è ostacolato nell'esercizio del diritto di difesa, e marginalizzato anche fisicamente, sempre più spesso trattenuto o mantenuto ai confini del territorio italiano.

In tale direzione, infatti, ha condotto il d.l. n. 113/2018 e, come detto, il nuovo schema di decreto legge non sembra, sotto tale profilo, invertire la tendenza. Significativo del descritto percorso, è stata l'introduzione con la riforma del 2018 della nuova fattispecie di trattenimento a fini identificativi¹⁷ che, a seguito della riformulazione dell'art. 28, d.lgs. n. 25/2008 da parte dello schema del nuovo decreto legge, è sottratta all'esame prioritario, ora riservato soltanto alle ipotesi di manifesta fondatezza delle domande, ma ancora sottoposto a procedura accelerata. Parimenti si dica per la procedura accelerata di frontiera, introdotta dal d.l. n. 113/2018 ai commi 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 28-*bis* d.lgs. n. 25/2008, e che con il nuovo schema di decreto legge viene limitata alle domande di

17. Art. 6, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 142/2015.

protezione internazionale presentate direttamente alla frontiera o nelle zone di transito¹⁸ dopo che il richiedente è stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli, escludendo dunque l'ipotesi, contenuta nel d.l. n. 113/2018, della domanda presentata alla frontiera o in una zona di transito dal richiedente proveniente da un Paese di origine designato come sicuro.

Emblematico dell'inversione di prospettiva nell'esame della domanda di protezione internazionale, che passa da un approccio individuale ad uno collettivo, è certamente l'introduzione del nuovo concetto di Paese di origine designato come sicuro¹⁹. Le domande di protezione internazionale dei richiedenti asilo provenienti da un Paese di origine qualificato come sicuro sono considerate domande con un'elevata evidenza di infondatezza, e sottoposte dal d.l. n. 113/2018 ad esame mediante procedura accelerata, ma sottratte dallo schema di decreto legge all'esame prioritario ed alla procedura di frontiera.

La generale convinzione di un utilizzo per lo più fraudolento della procedura di asilo ha portato il legislatore del 2018 ad ampliare le ipotesi di domande manifestamente infondate, elencate in maniera tassativa dal nuovo art. 28-ter d.lgs. n. 25/2008, tutte sottoposte a procedura accelerata, mantenute ferme dallo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre 2020, che tuttavia le sottopone a termini di esame ancora più stringenti, pur introducendo l'apprezzabile nuovo comma 1-bis, che prevede espressamente la non applicabilità dell'art. 28-ter ai richiedenti asilo portatori delle esigenze particolari di cui all'art. 17, d.lgs. n. 142/2015²⁰.

Infine, lo schema di decreto legge introduce un'ulteriore ipotesi di procedura accelerata, collocando all'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008 l'ipotesi di valutazione immediata della domanda da parte della Commissione territoriale, prevista dal d.l. n. 113/2018 all'art. 32, co. 1-bis, d.lgs. n. 25/2008, e riformula il profilo procedurale dell'ipotesi di domanda reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento prevista dall'art. 29-bis, d.lgs. n. 25/2008²¹, nel senso di garantirne la compatibilità con le

18. L'individuazione delle zone di frontiera o di transito, secondo lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, è mantenuta in capo al Ministero dell'interno che, già il 5 agosto 2019, ha adottato il relativo decreto pubblicato in G.U. n. 2010 del 7.9.2019.

19. Art. 2-bis, d.lgs. n. 25/2008.

20. Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre 2020 introduce all'art. 28-ter d.lgs. n. 25/2008 il nuovo comma 1-bis, che prevede: «Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano ai richiedenti portatori di esigenze particolari indicate nell'articolo 17 del decreto legislativo 18.8.2005, n. 142».

21. Art. 29-bis, d.lgs. n. 25/2008 «Domanda reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento»: «Se lo straniero presenta una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale, la domanda è trasmessa nell'immediatezza al Presidente della Commissione territoriale competente che procede all'esame preliminare entro tre giorni e contestualmente ne dichiara l'inammissibilità ove non siano stati adottati nuovi elementi, ai sensi dell'art. 29, co. 1, lett. b)». In ordine alle prime pronunce circa l'applicazione della norma, in particolare sull'autorità preposta alla valutazione di inammissibilità della domanda, si veda: Trib. I grado di Milano, decreto del 13.11.2019.

disposizioni unionali²², e sottoponendola al giudizio di ammissibilità del Presidente della Commissione territoriale che, entro tre giorni, deve valutare la sussistenza di nuovi elementi e, nel caso, sottoporre la domanda ad esame ordinario, altrimenti dichiararne l'inammissibilità.

Il nuovo art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, per come modificato dallo schema di decreto legge, dunque, presenta una struttura del tutto nuova, prevedendo ai primi due commi due procedure accelerate distinte a secondo dei tempi previsti per l'esame della domanda: le ipotesi previste al primo comma, sono sottoposte ad una procedura "super accelerata", da esaurirsi nel termine di cinque giorni dalla presentazione della richiesta di protezione internazionale, e solo in un caso l'audizione è prevista come obbligatoria, mentre per le ipotesi disciplinate al secondo comma viene riproposto il noto schema della procedura accelerata di sette giorni per lo svolgimento dell'audizione del ricorrente, e due per l'adozione della decisione. Inoltre, lo schema di decreto legge colloca al comma 3 la previsione precedentemente prevista all'art. 28, co. 3, d.lgs. n. 25/2008, circa la possibilità per lo Stato italiano di dichiararsi competente, ai sensi del reg. n. 604/2013, all'esame delle domande dei richiedenti asilo sottoposti a provvedimento di trattenimento e, se i commi 4 e 5 non presentano che mere riformulazioni di carattere non sostanziale, il comma 6 innova l'articolo in commento con la esplicita esclusione dei minori stranieri non accompagnati dall'applicazione delle procedure accelerate, mancando tuttavia di prevedere un'equivalente esclusione per i soggetti portatori di esigenze particolari, così lasciando la questione a possibili distorsioni applicative.

4.1. *La prima domanda reiterata*²³

L'art. 9, co. 1, lett. a), d.l. n. 113/2018 ha introdotto la nuova lettera b-*bis*), all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 25/2008, che contiene la definizione di domanda reiterata, ovvero della domanda di protezione internazionale presentata dopo l'adozione di una decisione definitiva su una domanda precedente, oppure presentata a seguito di ritiro della domanda da parte del richiedente protezione internazionale ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 25/2008 (formalizzato per scritto e comunicato alla Commissione) o di dichiarazione di estinzione da parte della Commissione.

Già l'art. 25, co. 1, lett. v), del d.lgs. n. 142/2015 aveva sottoposto a procedura accelerata l'esame della prima domanda reiterata, prevista dall'art. 29, co. 1, lett. b),

22. Per i profili di incompatibilità della norma introdotta dal d.l. n. 113/2018 con il diritto unionale si veda: Trib. I grado di Milano, decreto del 13.11.2019.

23. Per uno specifico approfondimento della disciplina relativa alle domande reiterate, anche in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento, si rinvia allo specifico contributo pubblicato in questo fascicolo della *Rivista*.

d.lgs. n. 25/2008, relativa a «il richiedente [che] ha reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine».

Con il d.l. n. 113/2018, e per come confermato dallo schema di decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri, l'esame della prima domanda reiterata è sottoposto ad una procedura "super accelerata", caratterizzata dallo svolgimento di un esame preliminare da parte del Presidente della Commissione territoriale finalizzato all'eventuale adozione di una decisione di inammissibilità nel termine di cinque giorni dalla presentazione della domanda.

L'esame di tale ipotesi, dunque, necessita di una lettura combinata degli articoli 28-*bis* e 29 del d.lgs. n. 25/2008. La disposizione sulle procedure accelerate prevede che la questura trasmetta «senza ritardo» la domanda e la documentazione necessaria alla Commissione territoriale, e l'art. 29, d.lgs. n. 25/2008 che il Presidente della Commissione territoriale svolga un esame preliminare, ai fini della verifica della sussistenza di «nuovi elementi» rispetto alla domanda già decisa dalla Commissione territoriale.

La decisione, ai sensi dell'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, deve essere adottata nel termine di cinque giorni: la verifica positiva della sussistenza di «nuovi elementi» consentirà al richiedente di essere chiamato dalla Commissione per lo svolgimento del colloquio personale secondo la procedura ordinaria, che evidentemente non potrà a tal punto esaurirsi con una dichiarazione di inammissibilità della domanda²⁴, mentre l'esito negativo dell'esame preliminare determinerà l'adozione da parte della Commissione, e quindi collegialmente, di un provvedimento di inammissibilità della domanda reiterata. La natura collegiale della decisione di inammissibilità, seppur a seguito di un esame preliminare svolto dal Presidente della Commissione stessa, si desume dall'*incipit* stesso dell'art. 29, d.lgs. n. 25/2008, che prevede espressamente che «la Commissione territoriale dichiara inammissibile la domanda e non procede all'esame».

Decisamente criticabile è stata la scelta operata dal d.l. n. 113/2018, cui non ha posto rimedio lo schema di decreto legge già approvato, di abrogare l'ultimo periodo del comma

24. Con ordinanza n. 25876, del 12.9.2019, la Prima sezione civile della Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi su una decisione di inammissibilità pronunciata dal Tribunale di Milano ha chiarito che «diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale milanese, ai fini del termine per la proposizione dell'impugnazione doveva aversi riguardo all'effettivo contenuto del provvedimento impugnato, che si atteggiava quale rigetto nel merito di una domanda reiterata ammissibile, nonostante l'incongruo dispositivo». Nel caso di specie, infatti, la Commissione aveva sentito nel merito il richiedente e valutato i nuovi documenti, provvedendo poi però a dichiarare la domanda inammissibile. Nonostante la pronuncia sia stata resa nel quadro normativo precedente alle modifiche introdotte dal d.l. n. 113/2018 il principio può ritenersi ben applicabile anche all'attuale fattispecie proprio in ragione dello schema procedurale che stabilisce un termine di cinque giorni per l'adozione della sola decisione di inammissibilità.

1-*bis* dell'art. 29, d.lgs. n. 25/2008, che prevedeva il diritto del richiedente di essere informato dell'esito dell'esame preliminare, al fine di poter intervenire, con proprie osservazioni, a sostegno dell'ammissibilità della domanda. Ne consegue, dunque, che qualora la Commissione territoriale decida di ritenere inammissibile una domanda di protezione internazionale, il richiedente ne avrà conoscenza soltanto al momento della notifica della decisione, con profili di dubbia compatibilità con l'art. 42, co. 3, della direttiva 2013/32/UE. La normativa unionale, infatti, prevede, al contrario, un duplice dovere di informazione nei confronti del richiedente: il primo circa l'esito dell'esame preliminare, il secondo circa le motivazioni poste a fondamento della decisione di inammissibilità e le modalità di impugnazione e/o revisione della decisione stessa.

Nella procedura sin qui descritta, pertanto, emerge con evidenza il ruolo centrale svolto dall'esame preliminare del Presidente della Commissione territoriale, pertanto, particolare attenzione deve essere prestata nella fase di presentazione della domanda reiterata, che non dovrebbe esaurirsi nella mera compilazione del verbale Mod. C3, ma deve essere finalizzata a far emergere i «nuovi elementi» della domanda, necessari per il superamento del giudizio di ammissibilità.

L'art. 29, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 25/2008 fa riferimento a «nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine» consentendoci di ritenere che i «nuovi elementi» possano indistintamente riferirsi alle condizioni personali del richiedente, strettamente correlate agli aspetti relativi alla sua storia personale, oppure alla situazione politica, sociale, culturale esistente nel Paese di origine; possono consistere in fatti costitutivi del diritto alla protezione, ovvero in elementi probatori non disponibili in precedenza, purché riconducibili ad una mancanza incolpevole da parte del richiedente²⁵. Preme evidenziare che, nella valutazione della sussistenza di «nuovi elementi», la norma non richiede una soglia minima di fondatezza degli stessi²⁶, che pertanto non dovrà costituire oggetto del giudizio di ammissibilità da parte del Presidente della Commissione territoriale, né potrà essere posta a fondamento della decisione di inammissibilità.

Lo schema di decreto legge del 5 ottobre modifica il regime della tutela giurisdizionale previsto nel caso di specie dal d.l. n. 113/2018.

Il d.l. n. 113/2018, infatti, in mancanza di un espresso richiamo da parte dell'art. 35-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 25/2008, al modificato art. 28-*bis*, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, faceva conseguire l'applicazione dell'ordinario termine di trenta giorni per l'impugnazione della

25. Per una completa ricostruzione del concetto di nuovi elementi da parte della giurisprudenza di legittimità, si vedano: Corte cass., ord. 5089/2013; Corte cass., sent. 4522/2015; Corte cass., ord. 25876/2019.

26. Il considerando n. 32 della direttiva n. 2013/32 dispone che «È opportuno tenere debito conto della complessità delle domande con implicazioni di genere nelle procedure basate sui concetti di Paese di paese terzo sicuro e di Paese di origine sicuro o sulla nozione di domanda reiterata».

decisione di inammissibilità della domanda reiterata, invece, nella nuova formulazione dell'art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, tutte le ipotesi di domande sottoposte a procedura accelerata sono sottoposte al dimezzamento dei termini per l'impugnazione, e dunque anche quella della prima domanda reiterata.

Resta invece ferma l'esclusione dell'effetto sospensivo automatico del ricorso, già prevista dall'art. 35-*bis*, co. 3, lett. b), d.lgs. n. 25/2008 e, pertanto, per l'ipotesi in discussione l'efficacia sospensiva del provvedimento impugnato è subordinata alla presentazione di apposita istanza nelle forme e nei modi stabiliti dal successivo comma 4, anch'esso modificato dallo schema di decreto legge del 5 ottobre.

Nell'ottica di garantire la compatibilità della norma interna con la disposizione unionale, invece, lo schema di decreto legge del 5 ottobre modifica il comma 5 dell'art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, escludendone l'applicabilità al caso di specie. La norma citata, in forza delle modifiche normative operate dal d.l. n. 113/2018, prevedeva il diritto del ricorrente di rimanere sul territorio italiano sino alla scadenza del termine per la presentazione del ricorso, ma non di rimanervi in attesa della decisione del giudice sull'istanza cautelare eventualmente presentata.

La norma, che incideva gravemente sul diritto di difesa del richiedente asilo, andando a minare l'efficacia e l'effettività del ricorso formulato, e l'utilità stessa di un'eventuale pronuncia positiva del giudice sull'istanza cautelare prima e sul merito poi, presentava fondati dubbi di compatibilità con gli articoli 41 e 46 della direttiva n. 2013/32/UE²⁷.

4.2. La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente asilo sottoposto a procedimento penale e trattenuto, o condannato con sentenza non definitiva

Tra le novità introdotte dal d.l. n. 113/2018 vi è l'istituto dell'esame immediato della domanda di protezione internazionale da parte della Commissione territoriale, previsto all'art. 32, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, e caratterizzato dallo svolgimento immediato dell'audizione e dall'adozione contestuale della decisione.

27. L'art 46 della direttiva n. 2013/32/UE prevede infatti in via generale il diritto del richiedente di rimanere sul territorio dello Stato membro sino alla scadenza del termine per la presentazione del ricorso e, laddove presentato, sino all'adozione della decisione definitiva sullo stesso. L'articolo prevede espressamente talune deroghe al principio generale, enunciandole in via tassativa al paragrafo 6, e ricomprendendovi anche quella in esame, ma attribuendo all'autorità giurisdizionale il potere di autorizzare nelle ipotesi specifiche la permanenza sul territorio del richiedente ed, al paragrafo 8, autorizzandolo espressamente a rimanere sul territorio in attesa dell'adozione della decisione sull'istanza. L'art. 41 della direttiva, inoltre, prevede le eccezioni al diritto di rimanere in uno Stato membro proprio in ragione della formulazione di una domanda reiterata, non ricomprendendovi però l'ipotesi in discussione. L'evidente contrarietà della norma interna con le disposizioni della direttiva n. 2013/32/UE poteva legittimare la formulazione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sebbene la natura chiara, precisa ed incondizionata delle disposizioni europee potesse consentire al giudice nazionale di ritenere la diretta applicabilità della norma unionale, con la conseguente disapplicazione della interna confliggente.

Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, pur mantenendo ferma la fattispecie sostanziale già prevista, la ricomprende tra le ipotesi di procedura accelerata, sottoponendola alla procedura “super accelerata” di cinque giorni, con la previsione però dell’obbligo dello svolgimento dell’audizione. La nuova norma, tuttavia, non indica un termine preciso per lo svolgimento dell’audizione, che ben potrebbe ugualmente svolgersi nell’immediatezza della presentazione della domanda.

Diversa, invece, è la disciplina della tutela giurisdizionale introdotta con lo schema di decreto legge. Il d.l. n. 113/2018, infatti, prevedeva che nel caso di decisione di rigetto il richiedente avesse il diritto a rimanere sul territorio italiano soltanto sino al termine per la presentazione del ricorso, ordinario di trenta giorni, ma non il diritto di rimanervi sino all’esito del ricorso e all’adozione della decisione sull’istanza cautelare. Lo schema di decreto approvato il 5 ottobre, invece, prevede il dimezzamento dei termini per la presentazione del ricorso avverso la decisione di rigetto, escludendo espressamente l’effetto sospensivo del ricorso in forza della nuova lett. d-*bis*) al comma 3 dell’art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, ma consentendo tuttavia al ricorrente di rimanere sul territorio italiano sino alla decisione sull’istanza cautelare.

L’ambito di applicazione soggettiva della norma, come detto, non subisce modifica alcuna. La disposizione comprende due distinte ipotesi: quella del richiedente asilo sottoposto a procedimento penale per una serie individuata di reati e sottoposto a trattenimento per le ipotesi di cui all’art. 6, co. 2, lett. a), b), e c), d.lgs. n. 142/2015, rimanendo dunque escluse le fattispecie del trattenimento per rischio di fuga ed a fini identificativi, e quella per cui il richiedente sia già stato condannato con sentenza, anche non definitiva, per i medesimi reati.

I reati cui fa riferimento la disposizione sono quelli richiamati dall’art. 12, co. 1, lett. c) e 16, co. 1, lett. d-*bis*), d.lgs. n. 251/2007, ovvero quelli per i quali è previsto il diniego dello *status* di rifugiato e l’esclusione dalla protezione sussidiaria. Trattasi, come noto, di un complesso di reati tra i quali sono state ricomprese ipotesi che rispondono più ad un’esigenza politico-mediatica, piuttosto che ad una reale sintomatologia di pericolosità sociale del richiedente, e per questo motivo sollevano numerosi dubbi di compatibilità con le cause di esclusione dello *status* di rifugiato previste dal par. 1F della Convenzione di Ginevra del 1951 e dall’art. 12 della direttiva 2011/95/UE, nonché con quelle di esclusione dalla protezione sussidiaria previste dall’art. 17 della direttiva citata.

La *ratio* della norma la riconduce tra quelle misure finalizzate ad ostacolare l’utilizzo strumentale e pretestuoso della procedura di asilo, ma primariamente risponde all’esigenza mediatica di garantire il rimpatrio immediato di chi si sia macchiato della commissione di fatti di rilevanza penale.

Così come la previsione di un procedimento di esame immediato da parte della Commissione territoriale, previsto dal d.l. n. 113/2018, l'applicazione della procedura accelerata per le fattispecie tipizzate dalla norma, non pare comunque compatibile con il diritto unionale.

Infatti, come già detto, la direttiva n. 2013/32/UE individua all'art. 31 le ipotesi tassative che possono essere sottoposte ad una procedura accelerata o di frontiera, tra le quali non è ricompresa quella in esame. L'art. 31, par. 8, lett. j), prevede l'ipotesi del richiedente che può «per gravi ragioni, essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro [...]», ipotesi ben distante da quelle qui in commento, che non fanno alcun riferimento all'esigenza di sicurezza nazionale ed all'ordine pubblico, tanto da ricomprendere fattispecie ben distanti da costituire un pericolo di tale elevato profilo, ma che addirittura ricomprendono ipotesi in cui il richiedente sia meramente sottoposto ad un procedimento penale.

Tale profilo di contrarietà con la norma unionale può ben costituire oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per la corretta applicazione della norma.

4.3. La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente asilo trattenuto

Come già sottolineato, l'applicazione di una procedura semplificata o accelerata nell'ipotesi di domanda di protezione internazionale presentata da un richiedente in condizione di trattenimento non è una novità introdotta dal d.l. n. 113/2018, essendo un'ipotesi già prevista nell'ordinamento italiano sin dal 2002, e disciplinata nell'ordinamento europeo con la direttiva n. 2003/9/CE.

Le ipotesi di trattenimento di un richiedente protezione internazionale sono tipiche e tassative, disciplinate all'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015, che peraltro attua solo parzialmente l'art. 8 della direttiva n. 2013/33/UE.

L'istituto del trattenimento del richiedente asilo è fondato sul principio generale per cui il richiedente protezione internazionale non può mai essere trattenuto al solo scopo di veder esaminata la sua domanda, e che il trattenimento è una misura che deve comunque essere applicata in via residuale, e di volta in volta subordinata alla valutazione del singolo caso concreto.

Il d.l. n. 113/2018 ha introdotto una nuova ipotesi di trattenimento facoltativo del richiedente asilo «per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza» (art. 6, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 142/2015²⁸), da attuarsi «in appositi locali presso le strutture di cui

28. Art. 6, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 142/2015: «Salvo le ipotesi di cui ai commi 2 e 3 il richiedente può essere altresì trattenuto, per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-*ter*, co. 1, del decreto legislativo 25.7.1998, n. 286, per la determinazione o la verifica

all'art. 10-ter, co. 1, d.lgs. n. 286/98», fattispecie già prevista dalla normativa europea e che, in forza del combinato disposto dagli artt. 28, co. 1, lett. c) e 28-bis, co. 1, è stata sottoposta alla procedura accelerata già prevista dall'ordinamento per i richiedenti protezione internazionale trattenuti nelle strutture dell'art. 14 d.lgs. n. 286/98 (Centri di permanenza per i rimpatri).

Il nuovo schema di decreto legge adottato il 5 ottobre introduce modifiche, talune rilevanti, alla disciplina del trattenimento del cittadino extracomunitario, anche richiedente asilo, ma mantiene ferma l'ipotesi di applicazione della procedura accelerata alle ipotesi del richiedente asilo trattenuto, anche ai soli fini identificativi, che però è inserita all'art. 28-bis, co. 2, lett. a), d.lgs. n. 25/2008. Si ricorda, tuttavia, che la riformulazione dell'art. 28 d.lgs. n. 25/2008, e l'individuazione di nuove finalità per la norma, esclude l'esame in via prioritaria della domanda del richiedente asilo trattenuto.

Non essendo questa la sede adeguata per un esame approfondito della nuova fattispecie giuridica del trattenimento del richiedente asilo a fini identificativi, né delle novità introdotte dallo schema di decreto legge del 5 ottobre in materia di trattenimento, ci si limiterà a esaminare sinteticamente i principali profili di dubbia compatibilità della nuova disposizione con la normativa unionale e con quella costituzionale, per come già sollevati in ambito dottrinario²⁹.

Innanzitutto, sebbene i precetti costituzionali (art. 13, co. 3, Cost.) prevedano espressamente che l'autorità di pubblica sicurezza possa adottare provvedimenti limitativi della libertà personale solo in «casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge», la mancata definizione da parte dell'art. 6, co. 3-bis, d.lgs. n. 142/2015 delle specifiche ipotesi in cui può essere disposto il trattenimento a fini identificativi può portare ad un'applicazione generalizzata della norma a tutti i richiedenti asilo, che per la maggior parte giungono sui nostri territori privi di documenti d'identità, o perché non sono riusciti ad ottenerlo in ragione dei motivi posti a base della richiesta di protezione, o perché andati distrutti nei drammatici viaggi verso l'Europa, oppure perché sottratti dai trafficanti e sfruttatori. Il rischio è dunque quello di amplificare ulteriormente la prassi della detenzione amministrativa di una categoria potenzialmente vulnerabile come

dell'identità o della cittadinanza. Ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, il richiedente può essere trattenuto nei Centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25.7.1998, n. 286, con le modalità previste dal comma 5 del medesimo articolo 14, per un periodo massimo di centottanta giorni».

29. Per un esame più approfondito della nuova ipotesi di trattenimento del richiedente protezione internazionale a scopi identificativi, si veda: D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in questa *Rivista*, n. 1.2018; A. Ciervo, *Le principali questioni di illegittimità costituzionale*, in Atti del Convegno di Roma del 14.11.2018, in questa *Rivista*, n. 2.2019; *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. n. 113/2018*, 25.10.2018, in www.asgi.it.

quella dei richiedenti asilo in evidente violazione degli artt. 10, co. 2 e 3, 13, co. 3, e 117, co. 1, Cost. nella parte in cui si viola l'art. 31, par. 2, della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato.

Sotto diverso profilo, invece, il richiamo generico all'utilizzo per il trattenimento a fini identificativi di «appositi locali» presso le strutture previste dall'art. 10-ter, co. 1, TUIIMM, ovvero i cd. punti di crisi o i Centri governativi di prima accoglienza, ha fatto ipotizzare che tale ipotesi di trattenimento potesse essere disposto presso i locali delle questure che si trovano nei predetti Centri, paventandosi un'ipotesi di contrasto con la normativa unionale che, al contrario, impone la specificità dei luoghi destinati al trattenimento dei richiedenti la protezione internazionale. Infine, anche la dubbia formulazione del termine di durata del trattenimento a fini identificativi, ha fatto sorgere incertezze sul fatto se i 30 giorni di trattenimento a fini identificativi debbano o meno sommarsi ai 90 giorni di trattenimento eventualmente disposti successivamente nei CPR (con il d.l. n. 113/2018 i giorni erano 180), con il rischio di sottoporre il richiedente protezione internazionale trattenuto a fini identificativi ad una misura di privazione della libertà personale più lunga, e dunque più iniqua, di quelle previste per il cittadino straniero non richiedente asilo.

È certamente auspicabile che la norma sia portata al cospetto della Corte costituzionale e delle Corti europee per la valutazione dei numerosi profili di illegittimità che la caratterizzano, tuttavia, sinora è stata registrata un'applicazione residuale della fattispecie giuridica³⁰, forse in ragione della vaghezza della norma, oppure in ragione della prosecuzione di prassi amministrative basate su forme di trattenimento *de facto* all'interno degli hotspot, prive cioè della copertura giuridica di un provvedimento formale, e dunque non sottoponibili al sindacato dell'autorità giurisdizionale, e che pongono gli individui in una vera e propria situazione di limbo di tutela giuridica, secondo l'oramai noto schema dell'approccio hotspot³¹.

Come anticipato, tutte le ipotesi di domanda presentata da un richiedente la protezione internazionale sottoposto a provvedimento di trattenimento sono esaminate in via accelerata. L'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 25/2008, per come riformulato dallo schema di decreto legge, dispone che il Presidente della Commissione territoriale individua i casi «per i quali applicare la procedura accelerata», ma ovviamente nel caso di richiedente asilo

30. Aida, *Asylum Information Database, Country Report: Italy*, 2019 update, reperibile su, https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_it_2019update.pdf; S. Fachile, A. Massimi, L. Leo, *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, 3.11.2019, in *Questione e Giustizia*, www.questionegiustizia.it.

31. Garante nazionale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia* (2016/2017: primo anno di attività).

trattenuto si tratta di una valutazione vincolata dalla condizione di detenzione amministrativa del richiedente, ovvero di limitazione della libertà personale, che giustifica il rapido esame della domanda.

La procedura prevista in questi casi stabilisce che la questura che riceve la domanda provveda «senza ritardo», con il d.l. n. 113/2018 era previsto «immediatamente», alla sua trasmissione alla Commissione territoriale che, entro «sette giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione», e nei successivi «due giorni» adotta la decisione³².

L'accelerazione della procedura nell'ipotesi in discussione trova fondamento nel convincimento che la domanda presentata da un cittadino extracomunitario sottoposto a trattenimento sia infondata, perché strumentale a ritardare il rimpatrio, che il legislatore mira invece a realizzare il più velocemente possibile.

Ciò nonostante, è proprio in situazioni come quelle dei richiedenti la protezione internazionale trattenuti che si può presentare un complesso esame della situazione personale dell'individuo, caratterizzata dal possesso di un bagaglio di informazioni ed esperienze più ampio, derivante ad esempio da una condizione di pregressa regolarità sul territorio, dalla necessità di valutare l'insorgenza di nuovi fatti rispetto alle originarie motivazioni di ingresso sul territorio, dalla necessità di indagare la situazione del Paese di origine magari in relazione a diversi periodi storici, quello dell'uscita dal Paese e quello riferito all'attualità. Il tutto, in una condizione giuridica, quella della detenzione amministrativa, che rende molto più problematica la raccolta di documentazione ed informazioni che il richiedente potrebbe non avere nella sua immediata disponibilità, ovvero della quale potrebbe non riuscire ad entrare in possesso nel breve termine previsto per l'esaurimento della procedura, esponendolo ad un più elevato rischio di vedere respinta la sua richiesta di protezione internazionale.

Lo svolgimento di una procedura accelerata, dunque, limita l'effettiva possibilità di cooperazione del richiedente all'esame della domanda, sacrificando così l'intera fase amministrativa, e rendendo sempre più probabile il ricorso ad una successiva fase giurisdizionale, nella quale comunque è prevista un'effettiva contrazione del diritto di difesa del richiedente asilo.

Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre non apporta modifiche al profilo di tutela giurisdizionale già prevista, pertanto, la decisione adottata nei confronti del richiedente asilo trattenuto è sottoposta al dimezzamento del termine ordinario per la proposizione del ricorso, indipendentemente dalla motivazione sottesa al provvedimento di

32. Art. 28-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 25/2008.

trattenimento adottato, ed è sottratta alla previsione generale dell'effetto sospensivo automatico, subordinato all'adozione di un decreto motivato da parte del giudice che deve decidere il merito del ricorso, su apposita istanza del richiedente, e limitatamente ai casi in cui sussistano «gravi e circostanziate ragioni».

Infine, occorre evidenziare che, qualora il richiedente asilo si trovi nelle condizioni di cui all'art. 6, comma 2, lettera a), b), c), e comma 3, la sua domanda di protezione internazionale può essere dichiarata manifestamente infondata, in virtù del richiamo operato dall'art. 28-ter, co. 1, lett. g), tuttavia, per come meglio diremo nel proseguito, non necessariamente tutte le domande presentate da richiedenti che si trovano in tali condizioni devono portare ad una decisione di manifesta infondatezza, potendo ben essere considerate semplicemente infondate. Anche nell'ipotesi di decisione manifestamente infondata adottata a definizione dell'esame della domanda di protezione internazionale presentata da richiedente trattenuto, tuttavia, la disciplina della tutela giurisdizionale non muta, essendo anche in questo caso previsto il dimezzamento dei termini ordinari per l'impugnazione e il venir meno dell'effetto sospensivo automatico del ricorso.

4.4. La procedura accelerata di frontiera o nelle zone di transito

Una novità di portata dirimpente è stata l'introduzione nel sistema delle procedure accelerate di una procedura di frontiera, ovvero una procedura da svolgersi direttamente nella zona di frontiera o di transito ove la domanda è stata presentata.

Il d.l. n. 113/2018 ha introdotto la nuova procedura ai commi 1-ter e 1-quater dell'art. 28-bis d.lgs. n. 25/2008 e, lo schema di decreto legge del 5 ottobre, la ripropone al modificato art. 28-bis, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 25/2008.

Lo schema di decreto legge non apporta modifiche procedurali alla previsione normativa già introdotta, e che già prevedeva lo schema procedurale esaminato per il richiedente asilo trattenuto (sette giorni per lo svolgimento dell'audizione e due per l'adozione della decisione), ma ne introduce una sostanziale, limitando il campo di applicazione della norma, senza tuttavia risolvere i profili di incompatibilità con la direttiva n. 2013/32/UE.

Occorre precisare, infatti, che il d.l. n. 113/2018 non prevedeva un'applicazione generalizzata della speciale procedura a tutte le domande presentate direttamente alla frontiera o in una zona di transito, ma all'art. 28-bis, co. 1-ter ne limitava l'applicazione a due ipotesi, ovvero: a) nel caso di domanda di protezione internazionale presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito dopo che il richiedente sia stato fermato per avere eluso o tentare di eludere i relativi controlli, e b) nel caso di domanda di protezione internazionale presentata direttamente alla frontiera e nelle zone di transito da un richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro.

Lo schema di decreto legge del 5 ottobre limita lo svolgimento della speciale procedura di frontiera alla sola prima ipotesi, restringendo l'ambito di applicazione della nuova procedura, ma non risolvendo, tuttavia, le criticità di carattere interpretativo emerse sin dalle prime applicazioni della procedura³³.

Ed infatti, l'applicazione della nuova procedura dipende sostanzialmente dalla verifica di due requisiti: l'aver presentato la domanda direttamente alla frontiera o in una zona di transito, e l'averlo fatto dopo «essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere» i relativi controlli. La formulazione generica e vaga della norma, tuttavia, può dare luogo ad un'applicazione non sufficientemente rigorosa della procedura che, considerati gli importanti effetti giuridici conseguenti, è necessario escludere.

Per quanto concerne il primo requisito, con decreto del 5.8.2019 il Ministero dell'interno³⁴, in attuazione dell'art. 28-bis, co. 1-*quater*, d.lgs. n. 25/2008³⁵ ha individuato le zone di frontiera o di transito «in quelle esistenti nelle province» di: a) Trieste, Gorizia; b) Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; c) Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; d) Trapani, Agrigento; e) Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna.

Il decreto, tuttavia, non dà alcuna definizione di cosa debba intendersi per zona di «frontiera» o «zona di transito», richiamando tuttavia quelle già «esistenti nelle» singole Province individuate. Nonostante ad una prima lettura possa sembrare che la norma voglia fare riferimento ai territori delle intere Province individuate, l'utilizzo dell'espressione secondo cui le zone di transito e di frontiera «sono individuate in quelle esistenti nelle» permette di fare riferimento ad aree preesistenti (al decreto), più circoscritte rispetto all'intero territorio provinciale e ben delimitate, che pertanto non possono che essere coincidenti con i valichi di frontiera esterni, quali porti ed aeroporti internazionali, laddove presenti, o al più con i luoghi coincidenti con le frontiere fisiche con Paesi non appartenenti all'Unione europea³⁶.

Solo una simile lettura appare conforme alla normativa unionale. Il regolamento n. 2016/399/UE del 9.3.2016, infatti, consente di collocare le aree di frontiera e le zone di transito in prossimità dei valichi di frontiera esterni esistenti tra Stati membri dell'UE e

33. A cura di: Progetto in Limine di Asgi, A buon diritto Onlus, *Le nuove ipotesi di procedure accelerate e di frontiera*, 9.1.2020, www.questionegiustizia.it.

34. Il decreto ministeriale istituisce due nuove sezioni territoriali, Ragusa e Matera, rispettivamente facenti capo alle Commissioni territoriali di Bari e Siracusa, istituite specificamente per l'esame delle sole domande di protezione internazionale sottoposte alla procedura accelerata di frontiera, mentre le altre Commissioni hanno competenza anche per le procedure ordinarie.

35. Norma trasposta dallo schema di decreto legge del 5 ottobre all'art. 28-bis, co. 4, d.lgs. n. 25/2008.

36. Per un ulteriore approfondimento si veda: ASGI, *Le zone di transito e di frontiera. Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019*, settembre 2019, www.asgi.it.

Paesi terzi e, dall'altra, di ritenere applicabili le procedura di frontiera soltanto ad aree territorialmente delimitate.

L'art. 43, par. 3, della direttiva 2013/32/UE, inoltre, prevede solo come ipotesi eccezionale la possibilità che la procedura di frontiera possa svolgersi in un luogo diverso da quello di arrivo del richiedente, che comunque deve trovarsi nelle immediate vicinanze del luogo di arrivo, escludendo la legittimità dello svolgimento di procedure di frontiera, al di fuori dei casi di eccezionale afflusso, in tutte le ipotesi in cui si sia proceduto ad un trasferimento del richiedente dal luogo di arrivo, ma altresì esclude l'individuazione di zone di frontiera o di transito in luoghi che concretamente non costituiscono un luogo di arrivo.

Diversamente ragionando, ovvero ritenendo che le zone di frontiera e di transito debbano essere individuate nell'intero territorio delle province indicate, la procedura di frontiera dovrebbe ritenersi applicabile anche alla domanda presentata direttamente presso la questura, oppure in un CPR che insiste in una delle Province individuate, con la conseguenza di un'applicazione generalizzata della procedura di frontiera, contraria alla stessa natura eccezionale che il legislatore unionale ha attribuito alle procedure accelerate, per le quali deve garantirsi, invece, un'applicazione rigorosa e restrittiva³⁷.

Il secondo requisito individuato dalla norma per l'applicazione della procedura di frontiera è che il richiedente sia «stato fermato» per avere «eluso o tentato di eludere» i relativi controlli. La nozione di elusione delle frontiere deve essere ricondotta al significato letterale del termine prescelto, e dunque ricomprendere le sole ipotesi in cui l'individuo abbia posto in essere azioni strutturate e meditate specificamente finalizzate ad aggirare e superare i controlli di frontiera. D'altra parte, l'utilizzo dell'espressione «stato fermato» esclude che la norma possa ritenersi applicabile nelle ipotesi in cui il richiedente si sia presentato spontaneamente ai controlli di frontiera o addirittura qualora sia stato destinatario di un'operazione di soccorso in mare. Tale interpretazione è stata confermata dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno che, con la circolare n. 8560 del 16.10.2019, adottata presumibilmente per porre rimedio al diffondersi di prassi amministrative illegittime, ha chiarito che la procedura accelerata di frontiera non è applicabile «a coloro che siano stati recuperati attraverso operazioni SAR (Search and Rescue)» e a coloro che «spontaneamente si siano presentati per formalizzare la richiesta di protezione internazionale senza essere stati intercettati dalle Forze di polizia

37. Il Rapporto AIDA ha rilevato che dall'entrata in vigore della nuova procedura di frontiera questa è stata illegittimamente applicata, per gli arrivi via terra, alla frontiera interna del Friuli Venezia Giulia, e alle frontiere marittime nei confronti di sbarchi con piccole imbarcazioni, considerando che queste persone avessero eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera. Si veda per un ulteriore approfondimento: Aida, *Asylum Information Database, Country Report: Italy*, 2019 update, p. 22 e ss., in www.asylumineurope.org.

all'atto dello sbarco o, comunque, subito dopo». In questi ultimi casi, pertanto, le domande di protezione internazionale seppur presentate in una zona di frontiera o di transito, devono essere sottoposte alla procedura per così dire ordinaria.

Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, come anticipato, non risolve i profili di incompatibilità della procedura di frontiera, per come attuata nell'ordinamento italiano dal d.l. n. 113/2018, con la normativa unionale.

Come noto, infatti, l'istituto delle procedure accelerate di frontiera ha fondamento nella direttiva n. 2013/32/UE che, all'art. 31, paragrafo 8, prevede che «Gli Stati membri possono prevedere che una procedura d'esame sia accelerata e/o svolta alla frontiera o in zone di transito», individuando una serie di ipotesi tassative in cui può essere applicata. Tra queste ipotesi, tuttavia, non è ricompresa quella del richiedente che ha presentato domanda «dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli», ipotesi che non compare neanche all'art. 43 della citata direttiva, espressamente dedicato alle procedure di frontiera. Ne consegue, pertanto, che la previsione dello svolgimento di una procedura di frontiera in conseguenza del comportamento del richiedente volto ad eludere o a tentare di eludere i controlli nelle zone di transito o in quelle di frontiera deve considerarsi illegittima, per contrarietà alle norme unionali, e pertanto censurabile nell'ambito dell'eventuale fase giurisdizionale avviata a seguito dell'adozione della decisione che conclude la fase amministrativa.

Tranne che per l'individuazione dei termini di durata della procedura di frontiera, il d.l. n. 113/2018, ed anche lo schema di decreto legge successivo, nulla prevedono in ordine alle modalità concrete di svolgimento della procedura, tant'è che il Ministero dell'interno è intervenuto, più volte, con l'emanazione di circolari contenenti indicazioni attuative rivolte alle Amministrazioni coinvolte nella procedura.

Con la circolare n. 8560 del 16.10.2019 il Dipartimento per le libertà civili del Ministero dell'interno ha chiarito che «la richiesta di protezione internazionale debba essere formalizzata al momento dell'identificazione connessa all'ingresso illegale da parte delle questure competenti per le zone di frontiera». Orbene, se la formalizzazione della domanda di protezione internazionale deve essere contestuale all'identificazione del richiedente per l'ingresso illegale (che poi ingresso illegale non è), se ne desume che ogni volta in cui la compilazione del verbale Mod. C3 sia posticipata rispetto alle procedure di identificazione, il ricorso alla procedura di frontiera debba considerarsi illegittimo.

Con la medesima circolare, inoltre, il Ministero dell'interno ha messo a disposizione delle Amministrazioni un modello di verbale C3 specifico, contenente l'informazione

relativa all'attivazione della procedura di frontiera³⁸ ed una comunicazione assolutamente sommaria e sintetica sugli aspetti procedurali³⁹, del tutto insoddisfacente rispetto all'obbligo informativo, che deve essere puntuale e completo.

Sicuramente più problematico, tuttavia, è il riferimento della circolare al fatto che «in attesa delle soluzioni informatiche volte ad adeguare il sistema Vestanet, [la Commissione] sarà informata telefonicamente dalla questura e provvederà nell'immediatezza a fissare la data di audizione» che sarà comunicata al richiedente «mediante compilazione di apposita sezione in calce allo specifico modello C3 di frontiera». Al di là di scontati commenti in ordine alla consueta inadeguatezza della struttura informatica che fa capo alle Amministrazioni che si occupano di immigrazione, dalla descritta procedura emerge un evidente profilo di illegittimità per contrarietà al dettato normativo. Ed infatti, l'art. 28, d.lgs. n. 25/2008 attribuisce al Presidente della Commissione territoriale il compito di individuare i casi da sottoporre alla procedura accelerata, e non alla questura che riceve la domanda, come sembra invece lasciare intendere la circolare richiamata. La procedura descritta dalla circolare, infatti, non pare fare riferimento ad una mera "segnalazione" della questura alla Commissione circa un caso potenzialmente sottoponibile a procedura accelerata, che nel caso dovrebbe essere seguita da una valutazione del Presidente della Commissione e da una relativa comunicazione in ordine all'applicazione o meno della procedura accelerata, ma piuttosto evidenzia l'assunzione, *contra legem*, da parte della questura, della competenza nell'individuazione dei casi da sottoporre alla procedura di frontiera.

La successiva circolare n. 138656 del 18.8.2019, stavolta emanata dal Dipartimento di pubblica sicurezza, ha ribadito quanto già contenuto dalla precedente direttiva ministeriale, specificando tuttavia che «dall'applicazione dell'istituto in parola sono evidentemente esclusi i minori stranieri non accompagnati ed i soggetti vulnerabili a cui devono essere garantite le specifiche procedure». Circolare che oggi appare superata dall'espresso divieto di applicazione di tutte le procedure accelerate ai minori stranieri non accompagnati contenuto nello schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, ed inserito all'art. 28-*bis*, co. 6, d.lgs. n. 25/2008.

38. Il verbale Mod. C/3 riporta la seguente comunicazione: «Con il presente verbale si attiva la procedura accelerata ai sensi dell'art. 28-*bis*, co. 1-*ter* e 1-*quater*, d.lgs. n. 25/2008, in quanto la domanda di protezione internazionale è stata presentata dal richiedente direttamente alla frontiera o nelle zone di transito individuate con decreto [...]».

39. Il verbale Mod. C/3 riporta la seguente informativa: «Se la tua domanda rientra in una delle ipotesi di seguito indicate si attiva una procedura accelerata che comporta tempi di valutazione ristretti e conseguenze sulle modalità e sui tempi di ricorso e sul diritto alla permanenza sul territorio nazionale. Se sei un minore non accompagnato o soggetto vulnerabile la procedura accelerata non si applica e pertanto non deve essere usato questo verbale».

Il divieto di applicazione di qualsiasi procedura accelerata nei confronti dei minori stranieri non accompagnati e dei soggetti vulnerabili trova la sua *ratio* nel fatto che l'accelerazione dei tempi di esame della domanda non consentono di garantire ai soggetti vulnerabili garanzie e strumenti adeguati di sostegno, non consentendo ad esempio di garantire una presa in carico, psicologica o sanitaria, effettiva ed efficace prima dell'esame della domanda da parte della Commissione territoriale, con il rischio di inficiare la valutazione del merito della stessa.

La procedura di frontiera è sicuramente l'istituto che più di ogni altro evidenzia la contrazione dei diritti dei richiedenti asilo nella procedura di esame della loro domanda, e ne limita concretamente l'opportunità di cooperare per la presentazione degli elementi rilevanti. Si tenga semplicemente conto che nelle procedure di frontiera i richiedenti asilo sono chiamati a sostenere il colloquio avanti alla Commissione territoriale, momento delicatissimo dell'intera procedura, in un tempo brevissimo dal loro arrivo sul nostro territorio, e dunque nelle devastanti condizioni fisiche e psicologiche conseguenti al viaggio stesso che li ha portati in Italia. Nella maggior parte dei casi i richiedenti giungeranno al colloquio in Commissione privi di orientamento legale adeguato sulla procedura e sul proprio *status*, e senza che si sia opportunamente verificato che, per motivi di età, di genere o in conseguenza di torture, stupri o altre forme gravi di violenza, il richiedente necessiti di garanzie procedurali particolari.

Il sacrificio della fase amministrativa di esame della domanda, tipico in ogni procedura accelerata, non è compensato da una completa garanzia delle tutele giurisdizionali. Ed infatti, con lo schema di decreto legge del 5 agosto, anche le procedure di frontiera sono sottoposte al dimezzamento dei termini d'impugnazione, non previsto dal d.l. n. 113/2018, ma a differenza di tutte le altre ipotesi di procedura accelerata, e di quanto previsto dal d.l. n. 113/2018, viene riconosciuto l'effetto sospensivo automatico conseguente alla presentazione del ricorso.

4.5. La domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro⁴⁰

Con l'art. 7-*bis*, co. 1, lett. a), elaborato in sede di conversione, il d.l. n. 113/2018 ha introdotto nell'ordinamento italiano il concetto di Paese di origine sicuro⁴¹, un istituto

40. Con circolare n. 9004 del 31.10.2019 la Commissione nazionale per il diritto di asilo ha comunicato che l'istituto dei Paesi di origine sicuro è applicabile alle domande di protezione internazionale presentate successivamente al 28.10.2019, nonostante la pubblicazione del d.m. 4.10.2019 risalga al 7.10.2019.

41. Art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008.

facoltativo previsto dalla disciplina unionale, ma già attuato nella maggior parte degli Stati membri, seppur con modalità anche profondamente divergenti l'uno dall'altro⁴².

L'introduzione del concetto di Paese di origine sicuro ha una portata giuridica dirimpante per il sistema di asilo italiano perché determina un vero e proprio ribaltamento della modalità di porsi di fronte ad una domanda di asilo, sancendo il passaggio da una rigorosa prospettiva individuale ad una prospettiva collettiva. La norma costruisce, infatti, una presunzione giuridica relativa circa l'infondatezza della domanda di asilo di tutti gli individui provenienti da un determinato Paese, che appunto deve essere considerato per il richiedente suo cittadino (o apolide ivi residente abitualmente) Paese sicuro, a meno che il richiedente non invochi o dimostri la sussistenza di «gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare»⁴³.

Ciò nonostante, non è corretto affermarsi che la novità legislativa determini un'ipotesi specifica di inversione dell'onere della prova, posto che la disposizione non è accompagnata dalla modifica specifica dei principi generali in materia di esame della domanda, che dunque devono considerarsi ancora applicabili, ben ritenendo che sussista anche in questi casi un obbligo di esame completo ed adeguato della norma, cui l'autorità accertante ha l'obbligo di cooperare.

In ogni caso, molti commentatori hanno giustamente sottolineato come il concetto di Paese di origine sicuro, che ha l'effetto di comprimere il diritto di asilo incidendo sulle garanzie di accesso alla procedura, costituisca una misura con una finalità culturale e psicologica: la prima nei confronti dei migranti, nel mostrare il possesso di misure repressive ed escludenti, la seconda nel creare nell'operatore un generale pregiudizio nei confronti di coloro che provengono da questi Stati⁴⁴.

42. Gli Stati membri hanno fatto ricorso all'uso dell'istituto del Paese di origine sicuro in maniera estremamente variegata sia in termini qualitativi che quantitativi. Taluni Stati, come Finlandia e Norvegia, ad esempio, hanno previsto nel loro ordinamento l'istituto, ma non si sono dotati di un elenco fisso degli Stati. Il numero di Paesi inseriti negli elenchi varia notevolmente da Stato a Stato, e gli elenchi sono soggetti ad una revisione, ma in generale non sono previsti sistemi automatici e predeterminati di revisione periodica. Nella maggior parte degli Stati membri le domande di protezione internazionale presentate da cittadini provenienti da un Paese ritenuto sicuro sono soggette a procedure accelerate, e la fase di impugnazione è caratterizzata da procedure prive di efficacia sospensiva automatica del provvedimento impugnato. Solo alcuni Stati membri hanno introdotto specifiche misure per il rimpatrio di coloro che provengono da Paesi di origine sicuri, come ad esempio tempi ridotti per la partenza volontaria o divieti di reingresso allungati.

43. Art. 2-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 25/2008: «5. Un Paese designato di origine sicuro ai sensi del presente articolo può essere considerato Paese di origine sicuro per il richiedente solo se questi ha la cittadinanza di quel Paese o è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova».

44. Per un approfondimento del concetto di Paese di origine sicuro: C. Pitea, *La Nozione di "Paese di origine sicuro" e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. dir. intern.*, Anno CII, Fasc. 3/2019, p. 627 ss.; F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto sofferente. L'introduzione nell'ordinamento italiano*

L'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 definisce al comma 2 i criteri per la designazione di un Paese di origine come sicuro, ovvero di un Paese nel quale «in via generale e costante» mancano le condizioni che, ai sensi degli artt. 7 e 14 del d.lgs. n. 251/2007, consentirebbero di riconoscere al richiedente una forma di protezione internazionale. Tuttavia, i criteri individuati dal legislatore appaiono assolutamente vaghi e generici, e nonostante l'enunciazione all'art. 2-*bis*, comma 3 dei parametri di riempimento, la formulazione finale risulta del tutto insoddisfacente, perché carente nel tutelare effettivamente la totalità dei diritti umani. Basti pensare che la previsione non fa alcun riferimento alla ratifica da parte del Paese di origine dei principali strumenti di diritto internazionale per la tutela dei diritti umani, quali la Convenzione sulla tortura o la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La designazione di uno Stato come sicuro è demandata dall'art. 2-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 25/2008 all'emanazione di un decreto interministeriale che, in quanto tale, è sottratto a qualsiasi controllo del Parlamento, con il rischio di un'elevata politicizzazione nella designazione dei Paesi da ritenersi sicuri. Con decreto del 4.10.2019 il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale ha individuato 13 Paesi di origine sicuri⁴⁵, tuttavia, il decreto adottato non contiene alcun riferimento espresso ai criteri ed ai parametri previsti dall'art. 2-*bis*, co. 2 e 3 per l'individuazione dei Paesi di origine sicuri, né fa riferimento a fonti pubbliche dalle quali comprendere i motivi e le informazioni in base alle quali sia stato scelto di inserire i Paesi nella lista. A ciò si aggiunga che non sono previste specifiche eccezioni personali o territoriali per i Paesi designati, sebbene sia notorio che ben determinate categorie di persone o le persone che si trovino in specifiche zone dei Paesi individuati come sicuri, possano essere esposte al rischio di subire persecuzioni o danni gravi⁴⁶. Proprio per tali aspetti, dunque, si può ritenere che il decreto adottato sia suscettibile di disapplicazione da parte delle autorità giurisdizionali per violazione dei criteri previsti dai commi 2 e 3, quantomeno laddove l'operato ministeriale risulti «gravemente carente in fondamento»⁴⁷.

del concetto di "Paese di origine sicuro" ad opera della l. n. 132/2018 di conversione del cd decreto sicurezza (d.l. n. 113/2018), in questa Rivista, n. 2.2019.

45. Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina.

46. Direttiva n. 2013/32/UE, considerando 32: «Nell'intento di garantire una sostanziale parità tra i richiedenti di entrambi i sessi, è opportuno che le procedure di esame siano sensibili alle specificità di genere [...]. È opportuno tenere debito conto della complessità delle domande con implicazioni di genere nelle procedure basate sui concetti di Paese terzo sicuro e di Paese di origine sicuro o sulla nozione di domanda reiterata».

47. Per un esame più approfondito delle modalità di attuazione dell'istituto del Paese di origine sicuro si veda: F. Venturi, *L'istituto dei "Paesi di origine sicuri" e il decreto attuativo del 4 ottobre 2019: una storia sbagliata*, 18.11.2019, www.questionegiustizia.it.

Parallelamente all'introduzione del concetto giuridico di «Paese di origine sicuro», il d.l. n. 113/2018 ha sottoposto le relative domande di protezione internazionale ad esame prioritario ed a procedura accelerata. Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, come per le altre ipotesi, ha sottratto tali domande all'esame prioritario, mantenendo tuttavia la previsione dello svolgimento della procedura accelerata, seppur escludendo l'ipotesi specifica prevista per l'applicazione della procedura di frontiera.

Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre uniforma la scadenza temporale dell'esame della domanda di asilo del richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro con quella prevista in via generale per la maggior parte delle ipotesi di procedura accelerata, per cui la Commissione procede all'audizione del ricorrente entro sette giorni dal ricevimento della documentazione, ed adotta la decisione nei successivi due giorni. Tale modifica risolve un problema, di carattere interpretativo, cui aveva dato luogo l'infelice formulazione del comma 1-*bis* dell'art. 28-*bis*, per come introdotto dal d.l. n. 113/2018, che prevedeva che la Commissione «adotta la decisione entro cinque giorni», indicando dunque uno «schema» diverso rispetto a quello previsto in via generale per le altre procedure accelerate, in particolare non prevedendo lo svolgimento dell'audizione del richiedente entro un termine prestabilito, ma fissando in cinque giorni il termine per l'adozione della decisione. La diversa formulazione della norma aveva portato taluni a sostenere l'intenzione del legislatore di escludere in questa ipotesi lo svolgimento del colloquio personale, tesi difficilmente compatibile con la direttiva n. 2013/32/UE, ed esclusa con un quesito interpretativo posto dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo all'Ufficio studi e legislazioni del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione⁴⁸. Con circolare n. 8864 del 28.10.2019 trasmessa alle Commissioni territoriali ed alle sezioni, infatti, era stato chiarito che, in un'ottica più garantista nei riguardi del richiedente protezione internazionale, il comma 1-*bis* dell'art. 28-*bis* deve essere interpretato «nel senso dell'applicazione del termine procedurale di 7 giorni per l'audizione a decorrere dalla formulazione della domanda oltre a 2 giorni per la decisione»⁴⁹, in adesione dunque allo schema già previsto dal comma 1, e richiamato dal comma 1-*ter* che disciplina la procedura di frontiera per le domande ivi presentate da richiedenti provenienti da Paesi di origine sicuri.

48. Il quesito sottoposto dalla Commissione nazionale rilevava come il «comma 1-*bis* della citata disposizione prevede un termine di cinque giorni per l'adozione della decisione, mentre il comma 1-*ter* prevede un termine di 9 giorni (attraverso un rinvio al comma 1 che ne prevede 7+2), con conseguente possibilità di raddoppio previsto dall'art. 28-*ter*, co. 1, lett. a), in relazione all'art. 28-*bis*, co. 2, lett. a)».

49. Secondo le parole dell'Ufficio studi e legislazioni del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione: «in attesa di un intervento risolutivo del legislatore, si ritiene preferibile l'applicazione del termine più ampio di 9 giorni (i.e. 7 + 2) previsto dall'art. 28-*bis* co. 1».

Come visto per la procedura di frontiera, con la circolare n. 150380 del 20.11.2019 il Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'interno ha dato indicazioni operative alle Amministrazioni coinvolte, predisponendo un modello di verbale C3 *ad hoc*, poi rivisto, e che oggi contiene l'informazione relativa all'attivazione della procedura per i Paesi di origine sicuri⁵⁰ ed una comunicazione assolutamente sommaria e sintetica sugli aspetti procedurali⁵¹, del tutto insoddisfacente rispetto ad un'informazione puntuale e completa in ordine alla procedura accelerata.

Parallelamente a quanto già detto per la procedura di frontiera, la circolare lascia intendere che sussista un automatismo tra la provenienza da un Paese di origine sicuro e l'applicazione della procedura accelerata alla domanda di protezione internazionale, quando, al contrario, l'applicazione della stessa è categoricamente escluso per le domande presentate da minori stranieri non accompagnati e da soggetti vulnerabili, e comunque la valutazione non è rimessa alla questura, ma al Presidente della Commissione territoriale.

Questione particolarmente problematica, e tuttora aperta, è se la decisione che rigetta la domanda di protezione internazionale di un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro debba, o meno, essere adottata per manifesta infondatezza.

Con la circolare n. 8864 del 28.10.2019 la Commissione nazionale per il diritto di asilo ha affermato che «resta fermo che nel caso in cui i Collegi in indirizzo non riscontrino i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, la domanda rientrante nella casistica in esame sarà rigettata per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 28-ter», concetto ribadito con la circolare 9004 del 31.10.2019 per la quale «la decisione di rigetto, nei casi in esame, è qualificata dalla manifesta infondatezza», escludendo, dunque, la possibilità che la domanda del richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro possa essere rigettata senza una valutazione di manifesta infondatezza.

Tale assunto, tuttavia, non pare condivisibile. L'art. 28-ter, d.lgs. n. 25/2008, infatti, ricomprende l'ipotesi in cui il richiedente provenga da un Paese di origine sicuro tra le ipotesi di domande manifestamente infondate, tuttavia, la norma non stabilisce alcun automatismo tra il rigetto di una domanda riconducibile alle ipotesi ivi previste e la valutazione di manifesta infondatezza della stessa. Parimenti si dica per l'art. 32, d.lgs. n. 25/2008, che individua le decisioni adottabili dalla Commissione territoriale all'esito

50. Il verbale Mod. C/3 riporta la seguente comunicazione: «Con il presente verbale si attiva la procedura accelerata ai sensi dell'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008, e successive modifiche, in quanto sei un richiedente proveniente da uno dei seguenti Paesi di origine sicuri [...]».

51. Il verbale Mod. C/3 riporta la seguente informativa: «Se la tua domanda rientra in una delle ipotesi di seguito indicate si attiva una procedura accelerata che comporta tempi di valutazione ristretti e conseguenze sulle modalità e sui tempi di ricorso e sul diritto alla permanenza sul territorio nazionale. Se sei un minore non accompagnato o soggetto vulnerabile la procedura accelerata non si applica e pertanto non deve essere usato questo verbale».

dell'esame di una domanda di protezione internazionale. Laddove il legislatore avesse voluto inserire un automatismo del genere, lo avrebbe dovuto espressamente prevedere, escludendo la possibilità di adottare una decisione di mero rigetto nelle ipotesi dell'art. 28-ter, mentre, al contrario, la formulazione della norma dell'art. 32, d.lgs. n. 25/2008 è tesa ad arricchire il novero di decisioni adottabili dalla Commissione per le sole ipotesi previste dall'art. 28-ter, per le quali potranno, anche ma non solo, essere adottate decisioni di manifesta infondatezza.

Con l'adozione dello schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, tuttavia, i potenziali effetti giuridici sulla disciplina della tutela giurisdizionale, in ragione dell'adozione o meno di una decisione di manifesta infondatezza, sono venuti meno.

Infatti, nel quadro normativo conseguente all'adozione del d.l. n. 113/2018, l'art. 35-bis, co. 2, prevedeva il dimezzamento dei termini d'impugnazione per le domande dichiarate manifestamente infondate, in forza del rinvio all'art. 28-bis co. 2, che a sua volta alla lett. a) rinviava all'art. 28-ter, ed il comma 3, lett. c), dell'art. 35-bis, escludeva l'effetto sospensivo automatico del ricorso per le decisioni di rigetto per manifesta infondatezza adottate ai sensi dell'art. 32, co. 1, lett. b-bis).

Ne conseguiva, pertanto, che la domanda di un richiedente asilo proveniente da un Paese di origine sicuro, sottoposta a procedura accelerata e rigettata, ma non dichiarata manifestamente infondata, era sottoposta al termine ordinario di impugnazione ed all'effetto sospensivo automatico del ricorso. Di converso, la domanda di un richiedente asilo proveniente da un Paese di origine sicuro, che non fosse stata sottoposta a procedura accelerata, ma dichiarata manifestamente infondata, poteva essere impugnata nel termine di quindici giorni, ed in ragione del richiamo operato dall'art. 35-bis, co. 3 lett. c), era privata dell'effetto sospensivo automatico.

Con lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, invece, l'art. 35-bis, d.lgs. n. 25/2008 sottopone al dimezzamento dei termini di impugnazione tutte le domande esaminate in procedura accelerata e, in forza della modifica del comma 3, che ora richiama espressamente l'ipotesi della domanda di protezione internazionale di un richiedente asilo proveniente da un Paese di origine sicuro, esclude, indipendentemente dall'adozione o meno di una decisione per manifesta infondatezza della domanda, l'effetto sospensivo automatico del ricorso.

Per quanto sin qui detto, pertanto, appare molto probabile che gli effetti oggettivi che l'istituto di designazione dei Paesi di origine sicuri arrecherà saranno, non tanto la velocizzazione delle procedure di esame delle domande presentate dai cittadini degli Stati definiti come sicuri e dagli apolidi ivi residenti, ma soprattutto una sostanziale e drastica diminuzione delle garanzie giuridiche dei richiedenti asilo, una riduzione degli esiti positivi delle domande ed un aumento dei connessi ricorsi giurisdizionali.

Pare infatti improbabile che il richiedente asilo in tempi tanto brevi, e con le difficoltà linguistiche ed emotive proprie della prima fase successiva all'arrivo in Italia, riesca a fornire qualche dimostrazione dei gravi motivi connessi alla sua situazione personale, così che sarà inevitabile che un approfondimento effettivo sulla sua situazione si debba posticipare al successivo ricorso giurisdizionale.

4.6. *La domanda manifestamente infondata*

L'art. 28-ter d.lgs. n. 25/2008 introdotto in sede di conversione dall'art. 7-bis, co. 1, lett. f), del d.l. n. 113/2018, ed ulteriormente arricchito del comma 1-bis dallo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, stabilisce una complessa serie di casi di manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale, la cui base giuridica è offerta dal combinato disposto dagli artt. 31, par. 8 e 32 della direttiva n. 2013/32/UE.

Il d.l. n. 113/2018, in forza del richiamo operato dall'art. 28-bis, co. 2, lett. a) all'art. 28-ter, d.lgs. n. 25/2008, ha previsto lo svolgimento della procedura accelerata per i casi di domanda manifestamente infondata, disposizione confermata dal nuovo comma 2, lett. d), dell'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008 introdotto dallo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre che, tuttavia, uniformando i termini di esame delle procedure accelerate, prevede per tale ipotesi tempi ben più stringenti di quelli previsti in precedenza. Ed infatti, l'art. 28-bis, co. 2, per come modificato dal d.l. n. 113/2018, prevedeva termini raddoppiati (14+4) per l'esame delle domande riconducibili «in una delle ipotesi previste dall'articolo 28-ter», mentre lo schema di decreto legge da ultimo approvato ha stabilito termini ben più ridotti, ovvero sette giorni per lo svolgimento dell'audizione e due per l'adozione della decisione.

Nonostante il richiamo operato dall'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008 all'art. 28-ter, d.lgs. n. 25/2008, si deve ritenere che l'adozione di una decisione di manifesta infondatezza non debba necessariamente conseguire allo svolgimento di una procedura accelerata.

Ed infatti, in forza del richiamo operato dall'art. 32, co. 1, lett. b-bis), d.lgs. n. 25/2008 all'art. 28-ter, piuttosto che all'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008, come era previsto prima dell'adozione del d.l. n. 113/2018, si può ritenere che la Commissione territoriale possa adottare una decisione di manifesta infondatezza indipendentemente dall'applicazione al caso concreto della procedura accelerata, con la conseguenza che non tutte le domande dichiarate manifestamente infondate ai sensi dell'art. 32, co. 1, lett. b-bis) sono adottate all'esito di una procedura accelerata⁵².

52. Nel testo anteriore al d.l. n. 113/2018 l'interpretazione delle disposizioni normative conduceva ad un esito del tutto contrario. L'art. 32, co. 1, lett. b-bis), infatti, faceva espresso richiamo all'art. 28-bis, co. 2 vecchia formulazione, che appunto disciplinava l'ipotesi di procedura accelerata nell'unico caso di manifesta infondatezza della domanda, si

La distinzione tra le due ipotesi, evidentemente, è di fondamentale importanza, infatti, soltanto le decisioni di manifesta infondatezza adottate a seguito dell'applicazione della procedura accelerata prevista dall'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 sottostanno al regime del dimezzamento dei termini per la formulazione del ricorso giurisdizionale, in forza del richiamo operato dall'art. 35-*bis*, co. 2, ultimo periodo. Mentre l'art. 35-*bis*, co. 3, lett. c), esclude l'efficacia sospensiva automatica della presentazione del ricorso in tutte le ipotesi di domanda manifestamente infondata, indipendentemente dal fatto che sia stata, o meno, adottata all'esito di una procedura accelerata.

A tale riguardo, tuttavia, occorre rilevare la sussistenza di un profilo di incompatibilità con la norma unionale. Infatti, l'art. 46, par. 6, lett. a) della direttiva, riconosce l'effetto sospensivo automatico del ricorso nell'ipotesi individuata dall'art. 31, par. 8, lett. h), che corrisponde all'ipotesi prevista alla lett. e), dell'art. 28-*ter* d.lgs. n. 25/2008, ovvero quella del «[...] richiedente [che] è entrato illegalmente nel territorio nazionale, o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno, e senza giustificato motivo non ha presentato la domanda tempestivamente rispetto alle circostanze del suo ingresso». Qualora ricorra tale ipotesi, pertanto, sebbene si ritenga sussistente la sospensione automatica della decisione impugnata conseguente alla presentazione del ricorso, appare opportuno formulare ugualmente apposita istanza all'autorità giurisdizionale investita dell'impugnazione, chiedendo la disapplicazione dell'art. 35-*bis*, co. 3, lett. c), nella parte in cui non recepisce l'eccezione prevista dalla normativa unionale. Diversamente, infatti, l'eccezione non potrebbe essere facilmente fatta valere di fronte all'Amministrazione che, pur potendo procedere alla disapplicazione diretta della norma, potrebbe ostacolare il rilascio del permesso di soggiorno per richiesta asilo in attesa della definizione del ricorso.

Proprio in ragione degli opposti effetti giuridici che possono conseguire ad una decisione di manifesta infondatezza assunta all'esito di una procedura accelerata, assume particolare importanza il fatto che il richiedente riceva una completa e corretta informazione circa l'applicazione della procedura accelerata alla sua domanda, che dovrebbe conseguire alla valutazione del Presidente della Commissione territoriale, cui compete appunto l'individuazione dei casi di procedura accelerata.

Se da un lato non tutte le decisioni di manifesta infondatezza sono adottate all'esito dell'esame di una domanda con procedura accelerata, dall'altro non sussiste nessun

veda Corte d'appello di Napoli, sent. n. 17/2018: «la valutazione di manifesta infondatezza della domanda, in base alla stessa prospettazione del richiedente, è un *prius* logico rispetto all'adozione della "procedura accelerata" – così definita dal titolo dell'art. 28-*bis* citato – con conseguente operatività del termine dimezzato di impugnazione di cui all'art. 19/3 comma citato; non è invece una valutazione postuma contenuta nel provvedimento conclusivo della procedura, tanto più se questo sia intervenuto a definizione della procedura ordinaria e non di quella accelerata, che ovviamente non può essere recuperata a posteriori».

automatismo tra le fattispecie indicate all'art. 28-ter d.lgs. n. 25/2008 e l'adozione di una decisione di rigetto per manifesta infondatezza da parte della Commissione territoriale.

L'art. 32, d.lgs. n. 25/2008, infatti, non esclude espressamente l'adozione di una decisione di mero rigetto nelle ipotesi previste dall'art. 28-ter, semplicemente prevedendo, per questi soli casi, la possibilità di adottare una decisione di manifesta infondatezza, cui appunto sono ricondotti i particolari effetti giuridici già esaminati.

Può ben verificarsi, dunque, che una delle ipotesi previste dall'art. 28-ter non sia sottoposta a procedura accelerata e che sia rigettata senza una valutazione di manifesta infondatezza. D'altra parte, ben può verificarsi che all'esito dell'esame della situazione concreta, astrattamente riconducibile ad una delle fattispecie tipiche individuate dall'art. 28-ter, la Commissione non ravvisi quei profili di evidenza che possano condurre ad una decisione di manifesta infondatezza.

La complessità della valutazione richiesta per giungere ad una decisione di manifesta infondatezza impone un esame rigoroso della situazione individuale del richiedente e, tenuto conto della particolare natura di questo tipo di decisione, che esclude la coesistenza di posizioni contrastanti (altrimenti l'infondatezza non sarebbe così manifesta), è ragionevole ritenere che la decisione debba essere adottata con il consenso unanime di tutti i componenti della Commissione.

Inoltre, l'adozione di una decisione di manifesta infondatezza dovrebbe essere esclusa in tutti i casi in cui sorga la necessità di svolgere un esame in punto di credibilità del ricorrente e, parimenti, qualora la decisione riguardi un soggetto ritenuto vulnerabile⁵³. In tal senso, infatti, lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre introduce all'art. 28-ter, d.lgs. n. 25/2008 il nuovo comma 1-bis, che allinea l'ordinamento interno alla normativa unionale, prevedendo che «le disposizioni di cui al primo comma non si applicano ai richiedenti portatori di esigenze particolari indicate nell'art. 17 del decreto legislativo 18.8.2015, n. 142». In nessun caso, pertanto, la Commissione territoriale potrà giungere all'adozione di una decisione di manifesta infondatezza all'esito dell'esame di una domanda presentata da minori, minori non accompagnati, disabili, anziani, genitori singoli con figli minori, vittime di tratta di esseri umani, persone affette da gravi malattie o disturbi mentali, persone che hanno subito tortura, stupri o altre forme di gravi violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, o vittime di mutilazioni genitali.

Orbene, la previsione di un'ampia gamma di fattispecie che possono in astratto portare all'adozione di decisioni di manifesta infondatezza, eventualmente adottabili anche all'esito

53. In tal senso i chiarimenti procedurali resi dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo con la circolare n. prot. 00003718 del 30.7.2015, ed in parte sconfessati con la circolare 9004 del 31.10.2019.

di una procedura accelerata, rappresenta un'evidente contrazione del diritto di asilo, pertanto, l'elencazione delle ipotesi contenute all'art. 28-ter deve considerarsi esaustiva e, trattandosi di ipotesi speciali che derogano alla procedura ordinaria, devono essere interpretate ed applicate in maniera rigorosa⁵⁴.

L'ipotesi prevista alla lett. a) dell'art. 28-ter, d.lgs. n. 25/2008 è quella del richiedente che ha «sollevato esclusivamente questioni che non hanno alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale», l'unica già prevista nella previgente disciplina, che deve intendersi limitata a quei casi in cui la mancanza di attinenza della domanda con i contenuti della protezione internazionale risulti abnorme, *prima facie*, assolutamente incontestabile e senza necessità di indagine, tale da ritenere di assoluta evidenza che ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di uso strumentale della procedura di asilo.

La seconda ipotesi, invece, è quella della domanda proveniente da un cittadino di un Paese di origine designato come sicuro, per la quale si rinvia a quanto già detto nel paragrafo dedicato, mentre alla lett. c) è prevista l'ipotesi in cui il richiedente «ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie o palesemente false, che contraddicono informazioni verificate sul Paese di origine». In questo caso, dunque, le dichiarazioni del richiedente possono essere alternativamente incoerenti e contraddittorie, oppure false, purché risultino tali in maniera palese, cioè evidente e chiara, e che tale evidenza emerga da informazioni sul Paese di origine che risultino verificate dalla stessa Commissione.

La lett. d) disciplina l'ipotesi in cui il richiedente «ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi o omettendo informazioni o documenti riguardanti la sua identità o cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente, ovvero ha dolosamente distrutto o fatto sparire un documento di identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza». Tale ipotesi deve essere interpretata tenendo conto che la direttiva n. 2013/32/UE precisa al considerando 21 che «Fintanto che un richiedente sia in grado di motivare debitamente, la mancanza di documenti relativi all'ingresso o l'uso di documenti falsi non dovrebbero di per sé comportare un ricorso automatico alle procedure di frontiera o accelerate».

In questi casi, dunque, è richiesto che il richiedente abbia agito dolosamente al solo fine di indurre in errore la Commissione. Non possono evidentemente esservi ricompresi i

54. La valutazione qualitativa e quantitativa delle decisioni di manifesta infondatezza adottate dalle Commissioni territoriali non risulta agevole, posto che i dati messi a disposizione dal Ministero dell'interno aggregano queste decisioni con quelle dei meri rigetti, nonché con le ipotesi di rinuncia della domanda e di irreperibilità del richiedente.

casi in cui il richiedente abbia fornito informazioni e documenti falsi per errore scusabile, ad esempio dovuto ad uno scarso livello di scolarizzazione, o abbia omesso informazioni o documenti anche in relazione alla sua identità o cittadinanza, in mancanza di informazioni adeguate, o addirittura condizionato da indicazioni sbagliate, o ancora quando il richiedente abbia smarrito i documenti di identità o se ne sia intenzionalmente privato al mero fine di entrare nel territorio.

La lett. e) prevede l'ipotesi della domanda presentata in condizioni di soggiorno irregolare perché il richiedente «è entrato illegalmente nel territorio italiano, o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno, e senza giustificato motivo non ha presentato la domanda tempestivamente rispetto alle circostanze del suo ingresso». L'irregolarità della presenza sul territorio e il ritardo nella presentazione della domanda di protezione internazionale, che non possono mai costituire motivo per l'esclusione dalla procedura o per il rigetto della domanda, vengono tuttavia assunte a indici di una domanda strumentale, rilevatori di una potenziale manifesta infondatezza della stessa, seppur mitigati dalla locuzione «senza giustificato motivo», che impone di valutare tutte le motivazioni addotte dal richiedente, attraverso una valutazione che tenga conto, ad esempio, delle condizioni sociali e culturali dell'individuo, nonché dell'età, etc. etc.

Le ultime due ipotesi previste dall'art. 28-ter sono di stringente interpretazione: la lett. f) riguarda il caso del richiedente che ha rifiutato di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico per il confronto delle impronte digitali nella banca dati Eurodac, ma non è necessariamente stato trattenuto per tale ragione, e la lett. f) il caso del richiedente trattenuto ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. a), b) e c) e comma 3, ovvero in tutte le ipotesi di trattenimento fatta eccezione di quella motivata dal rischio di fuga o da fini identificativi.

4.7. La domanda di protezione internazionale strumentale ad evitare l'allontanamento dal territorio

L'applicazione della procedura accelerata nel caso di domanda di protezione internazionale presentata al solo fine di evitare l'allontanamento dal territorio, non è una novità introdotta dal d.l. n. 113/2018 che, tuttavia, ha modificato la previsione limitandola all'ipotesi in cui il richiedente «presenta la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento», in ragione dell'introduzione della procedura accelerata di frontiera, cui ha ricondotto il caso di fermo a seguito dell'elusione o del tentativo di elusione dei controlli di frontiera, originariamente qui ricompreso.

Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, riformulando integralmente l'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008, prevede tale ipotesi al comma 2, lett. e), innovando

esclusivamente i termini per lo svolgimento della procedura accelerata, dimezzati, secondo l'ordinario schema dei sette giorni per lo svolgimento dell'audizione e dei due giorni per l'adozione della decisione.

La *ratio* della norma è evidentemente quello di contrastare l'utilizzo strumentale della procedura, nei casi in cui le domande appaiono pretestuosamente presentate al solo fine di «ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento».

La norma non presenta particolari problematiche di carattere procedurale, ma la formulazione astratta ed il rinvio alla componente soggettiva dell'intenzione del richiedente, che deve aver presentato la domanda «al solo scopo di», è suscettibile di interpretazioni distorte che possono integrare vere e proprie restrizioni nell'accesso alla procedura di asilo.

Un principio oramai cogente nell'applicazione dell'ipotesi in commento, è che la mera preesistenza in capo al richiedente di un provvedimento di espulsione «non permette di presumere, senza una valutazione caso per caso, tutte le circostanze pertinenti, che egli abbia presentato tale domanda al solo scopo di ritardare o compromettere l'esecuzione della decisione di allontanamento»⁵⁵. Se dunque il fatto che il richiedente sia stato in passato destinatario di un provvedimento di espulsione, e dunque anche di respingimento, non è un indice sintomatico della pretestuosità e della strumentalità della richiesta di asilo, a maggior ragione tale presunzione deve escludersi qualora sussista soltanto una condizione di mera irregolarità di soggiorno e, dunque, una condizione che espone il richiedente al rischio di adozione di un provvedimento di allontanamento.

L'applicazione della norma è, in ogni caso, subordinata al fatto che l'individuo sia stato «fermato», che presuppone una posizione attiva dell'autorità di sicurezza, escludendo l'applicabilità della norma in tutti i casi in cui il richiedente, invece, si sia presentato spontaneamente.

Inoltre, il riferimento alla condizione di soggiorno irregolare del ricorrente, indica un grado di stabilità della sua presenza sul territorio. Occorre cioè che la persona sia stabilmente presente in Italia, mentre non è lecita un'interpretazione secondo la quale la condizione di soggiorno irregolare si determini automaticamente a seguito del trascorrere di un breve lasso di tempo sul territorio, come quello previsto dalla normativa generale, fra l'ingresso sul territorio e la presentazione della richiesta di rilascio del permesso di soggiorno.

55. Corte di giustizia, sentenza del 30.5.2013, C-534/11, *Mehmet Arslan contro Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*.

La mancanza dell'indicazione di parametri soggettivi ed oggettivi rende particolarmente difficoltosa la valutazione aprioristica della strumentalità della decisione, ma sicuramente è da escludersi che possa sussistere in tutti quei casi in cui l'individuo non sia stato precedentemente messo nella condizione di presentare la domanda di protezione internazionale, ad esempio non avendo a disposizione le informazioni complete sulla sua condizione giuridica e sulla possibilità di presentare la domanda di protezione internazionale.

La valutazione dovrà essere svolta caso per caso, basandosi su elementi obiettivi dai quali emerga un comportamento abusivo e fraudolento del richiedente, e non il mero esercizio di un diritto.

A tal fine potrà essere presa in considerazione la durata del soggiorno irregolare, la condizione personale dell'individuo, ovvero l'età, il livello di scolarizzazione, l'eventuale condizione di vulnerabilità derivante da episodi di torture o di violenza, nonché evidentemente la situazione esistente nel Paese di origine.

Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, qualora la Commissione territoriale esamini la fattispecie in commento nell'ambito della procedura accelerata, la conseguente decisione è sottoposta al dimezzamento dei termini di impugnazione, e sottratta all'effetto sospensivo automatico conseguente alla presentazione del ricorso. Disciplina già prevista dal d.l. n. 113/2018, e rispetto alla quale lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre non apporta modifiche.

5. Le garanzie procedurali nell'ambito delle procedure accelerate

L'ampliamento dei casi di domande manifestamente infondate, l'introduzione del concetto di Paese di origine sicuro e dell'istituto della procedura di frontiera ha operato un notevole allargamento delle ipotesi in cui sia possibile ricorrere ad una procedura accelerata per l'esame di una domanda di protezione internazionale, e lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, pur introducendo misure in grado di rimodulare il sistema in un'ottica più organica e funzionale, ribadisce l'urgenza prioritaria di prevenire gli abusi e trattare rapidamente le domande strumentali, uniformando al ribasso la disciplina della tutela giurisdizionale nei casi di procedura accelerata, e apportando misure che producono effetti minimali nella generale contrazione delle garanzie e dei diritti dei richiedenti asilo.

Il richiedente asilo, infatti, ha diritto a vedersi garantito un corretto riconoscimento delle esigenze di protezione internazionale già all'esito della fase amministrativa, pertanto, lo svolgimento delle procedure accelerate deve avvenire nel rispetto dei principi fondamentali e delle garanzie procedimentali previste, nonché rispettando i criteri previsti

in generale per l'esame della domanda e per l'adozione delle decisioni da parte della Commissione territoriale⁵⁶.

La riformulazione dell'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 certamente garantisce una maggiore coerenza interna al sistema delle procedure accelerate, e sebbene debba accogliersi positivamente l'espressa previsione dell'esclusione dei minori stranieri non accompagnati dall'applicazione delle procedure accelerate, il legislatore ha mancato di introdurre una norma di equivalente tenore per la generalità dei richiedenti portatori di esigenze particolari, prevista limitatamente per i casi di domande manifestamente infondate, e che l'adeguamento dell'ordinamento interno al sistema della normativa unionale avrebbe richiesto.

L'esigenza di tutela del diritto di asilo e la garanzia dell'esercizio effettivo del diritto stesso, impone innanzitutto che il richiedente riceva un'informazione tempestiva e completa in ordine al suo *status* e agli aspetti procedurali connessi alla sua domanda di protezione internazionale.

Il richiedente asilo ha diritto ad essere informato, nella sua lingua o in altra per lui comprensibile, circa le caratteristiche della procedura da seguire in funzione della sua situazione particolare, ed in ordine ai suoi diritti ed ai suoi obblighi nel corso della procedura, così come in ordine ai tempi e ai mezzi a sua disposizione per cooperare all'esame della domanda.

La normativa, tuttavia, non prevede una comunicazione formale e tempestiva al richiedente circa l'applicazione nei suoi confronti di una procedura accelerata, fatta eccezione che per l'ipotesi introdotta all'art. 10, co. 1, d.lgs. n. 25/2008 che prevede che «L'ufficio di polizia informa il richiedente che, ove proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-*bis*, la domanda può essere rigettata ai sensi dell'art. 9, co. 2-*bis*». Per l'adempimento di tale obbligo, come abbiamo visto, è stato predisposto un verbale Mod. C/3 *ad hoc*, utilizzato anche per le ipotesi di procedura di frontiera, che contiene una mera informazione al richiedente asilo della sottoposizione della sua domanda alla procedura accelerata, e l'indicazione in termini generali dei principali aspetti procedurali.

L'informativa contenuta in tali appositi verbali Mod. C3, sebbene potrebbe ritenersi tempestiva, certamente non è sufficiente, perché non soddisfa l'esigenza di una informazione completa, ed è peraltro limitata soltanto ad alcuni dei casi di procedura

56. Artt. 8 e 9, d.lgs. n. 25/2008. Unica eccezione è prevista all'art. 9, co. 2-*bis*, per le decisioni di rigetto adottate ai sensi dell'art. 2-*bis*, co. 5, per cui la decisione «è motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente».

accelerata. A ciò si aggiunga che la predisposizione di tali modelli *ad hoc* è foriera di possibili fraintendimenti. Infatti, l'applicazione di una procedura accelerata non è subordinata ad una valutazione in tal senso da parte dell'Ufficio che riceve la domanda di protezione internazionale, ma è sempre rimessa al Presidente della Commissione territoriale. Non si comprende, pertanto, come il verbale di ricezione della domanda di protezione internazionale, che è ontologicamente anteriore alla trasmissione della domanda alla Commissione ed alla conseguente valutazione del Presidente, possa già contenere la comunicazione al richiedente di sottoposizione della domanda alla procedura accelerata. Anche nell'ipotesi di domanda presentata da un richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro, sebbene la provenienza potrebbe essere considerata un dato obiettivo, verificabile anche al momento della registrazione della domanda, deve tenersi conto che il singolo caso concreto potrebbe presentare quelle esigenze particolari che impediscono l'applicazione di una procedura accelerata, e che devono essere valutate dal Presidente della Commissione territoriale, e non certamente in sede di formalizzazione della domanda.

D'altra parte, la riscrittura dell'art. 28, d.lgs. n. 25/2008 da parte dello schema di decreto legge del 5 ottobre si fonda proprio sull'esigenza di specificare la funzione dell'istituto dell'esame prioritario, che riporta la dovuta attenzione all'esame preliminare delle domande, finalizzato a valutare l'applicabilità della procedura accelerata. La corretta cerchiatura del sistema, pertanto, impone che l'applicazione della procedura accelerata consegua unicamente ad una valutazione in tal senso del Presidente della Commissione territoriale, il cui esito deve necessariamente essere comunicato sia alla questura che al richiedente, e che sancisce il momento esatto in cui sorge il diritto del richiedente di ricevere un'informazione specifica e completa della procedura applicata alla sua situazione particolare.

Tale lettura, che appare del tutto coerente con i principi generali e con l'esigenza di tutela del diritto di asilo, tuttavia, è in parte smentita dalla riformulazione dell'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 25/2008 operata dallo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre che, al contrario, posticipa l'obbligo di informare il richiedente asilo, immotivatamente ed irragionevolmente, al momento dell'audizione avanti alla Commissione territoriale.

La nuova previsione, infatti, prevede che «La Commissione territoriale informa il richiedente delle determinazioni procedurali assunte ai sensi del periodo precedente, all'avvio del colloquio personale di cui all'art. 12». La norma, invero, formalizza una prassi già ampiamente diffusa tra le Commissioni territoriali, consistente appunto nell'informare il richiedente degli specifici aspetti procedurali applicati all'esame della domanda, dei possibili esiti conseguenti e della diversa disciplina della tutela giurisdizionale. Prassi di per sé apprezzabile, ma che ritarda ingiustificatamente il

momento in cui il richiedente acquista consapevolezza della specificità della procedura di esame della sua domanda di protezione internazionale.

Una simile modalità di comunicazione degli esiti dell'esame preliminare ,e dunque della decisione circa l'applicazione della procedura accelerata, fa sì che nella quasi totalità dei casi il richiedente scopra soltanto al momento dello svolgimento del colloquio gli importanti effetti giuridici conseguenti all'applicazione della procedura applicata, senza peraltro che abbia potuto adeguatamente prepararsi a tale evenienza, con l'evidente e concreto sacrificio dell'intera fase amministrativa di esame della sua domanda.

Né porta a diversa conclusione l'obbligo informativo previsto dall'art. 10, d.lgs. n. 25/2008, che prevede la consegna dell'opuscolo informativo previsto dal secondo comma, modificato dalla Commissione nazionale a seguito della l. n. 132/2018 con l'indicazione dell'elenco dei Paesi di origine sicuri, che illustra in termini generali le fasi della procedura, i diritti ed i doveri dei richiedenti asilo durante la permanenza in Italia, le modalità di fruizione delle prestazioni sanitarie e di accoglienza, e che contiene le indicazioni dei contatti di UNHCR e delle altre organizzazioni di tutela dei diritti umani. L'effettiva consegna dell'opuscolo, al pari dell'informativa orale all'atto della verbalizzazione della domanda, per un'amplia serie di motivazioni, costituiscono un'ipotesi assai rara⁵⁷.

Nella migliore delle ipotesi, pertanto, il ricevimento di un'informazione tempestiva e completa in ordine alla specifica procedura accelerata applicata all'esame della domanda è demandata ai servizi di orientamento legale del Centro ove il richiedente è ospitato, con le numerose incognite che ne derivano, prima fra tutte i diversi livelli di competenza e qualità di tali servizi, decisamente variabili da Centro a Centro, ma anche l'effettiva possibilità per i grandi Centri, o per i CPR, di fornire l'informativa legale nei tempi rapidi delle procedure accelerate, nonché il fatto che, tenuto conto dei livelli di scolarizzazione degli individui, l'effettiva comprensione delle informazioni potrebbe richiedere anche più di un singolo colloquio.

Nel caso di presentazione della domanda di protezione internazionale nelle zone di frontiera o di transito l'obbligo informativo è invece garantito nell'ambito dei servizi di accoglienza previsti dall'art. 11, co. 6, d.lgs. n. 286/1998⁵⁸, la cui efficacia e qualità è stata più volte criticata, sia per le modalità di aggiudicazione del servizio basate

57. Art. 10, co. 2, lett. d-bis), d.lgs. n. 25/2008. Nella prassi la distribuzione dell'opuscolo informativo da parte delle questure è assai raro e la norma non dispone espressamente in alternativa che l'obbligo informativo sia adempiuto attraverso un'informativa orale che, pertanto, è rimessa discrezionalmente all'Ufficio che recepisce la richiesta di protezione internazionale, si veda per un ulteriore approfondimento Aida, *Asylum Information Database, Country Report: Italy*, 2019 update, p. 88 ss., www.asylumineurope.org.

58. Art. 10-bis, d.lgs. n. 286/98.

sull'offerta economicamente più vantaggiosa, sia sull'effettiva possibilità degli enti presenti ai valichi di entrare in contatto con i cittadini extracomunitari in arrivo.

Uno degli aspetti più critici delle procedure qui in commento, come già sottolineato, è l'eccessiva accelerazione dei tempi per la conclusione del procedimento di esame della domanda, con la previsione di termini che non hanno natura perentoria, ma bensì ordinatoria in funzione sollecitatoria. Lo schema di decreto legge del 5 ottobre ha razionalizzato il sistema delle procedure accelerate, riducendo tuttavia i termini precedentemente previsti. Ferma restando la trasmissione «senza ritardo» della domanda alla Commissione territoriale, lo schema di decreto legge introduce una procedura “super accelerata”, con o senza audizione, che prevede l'adozione della decisione entro cinque giorni, e che si affianca a quella prevista per la maggior parte delle ipotesi, e che ripropone il noto schema di sette giorni per l'audizione del richiedente e di due giorni per l'adozione della decisione.

Lo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre mantiene la possibilità di superamento dei termini accelerati, ma nel limite massimo di quelli previsti per l'esaurimento della procedura ordinaria dall'art. 27, co. 3 e 3-*bis*, tranne che per le ipotesi della domanda presentata dal richiedente asilo trattenuto, per cui i termini massimi sono comunque ridotti ad un terzo.

Il superamento dei termini, tuttavia, è limitato ai casi per i quali sia necessario garantire «un esame adeguato e completo della domanda», e comunque nel rispetto degli obblighi previsti dal decreto legislativo n. 251/2007, nonché dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, e dunque senza pregiudizio dell'efficacia e dell'equità delle procedure. Anche in questo caso si ritiene che la Commissione sia tenuta ad informare il richiedente, quale corollario del diritto d'informazione, nei termini previsti per la conclusione del procedimento, della necessità di superamento dei termini per l'esame della domanda, motivando altresì in ordine ai profili della domanda che necessitano di ulteriore approfondimento.

A ben vedere, se le procedure accelerate trovano la loro giustificazione nell'eccezionalità delle fattispecie per cui sono previste, che giustificano la contrazione dei diritti del richiedente asilo imponendo un'accelerazione nei tempi di esame della domanda, il superamento dei termini è difficilmente conciliabile con la stessa ragione d'essere delle procedure accelerate, e ragionevolmente può evidenziare un'erronea scelta originaria di applicazione della procedura accelerata, eventualmente sindacabile in sede giurisdizionale. In tale sede, infatti, l'illegittima applicazione della procedura accelerata, può consentire la rimessione nei termini del ricorso tardivo, per il venir meno del termine dimezzato per l'impugnazione, o determinare il riconoscimento sospensione automatica del

provvedimento, o consentire l'esame nel merito della domanda erroneamente dichiarata inammissibile dalla Commissione territoriale⁵⁹.

Ciò che invece non è in alcun modo sanzionabile in via giurisdizionale è il sacrificio della fase amministrativa, ovvero del diritto del richiedente di vedere garantito il corretto riconoscimento delle esigenze di protezione internazionale sin dalla fase amministrativa.

Al di là della corretta applicazione soggettiva della procedura accelerata, e dunque della stretta riconducibilità della fattispecie concreta ad una delle ipotesi previste dall'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, deve ritenersi che la procedura accelerata si sia legittimamente svolta soltanto laddove le peculiarità procedurali normativamente previste per la singola ipotesi siano state rispettate ed abbiano caratterizzato l'intero *iter* della domanda di protezione internazionale⁶⁰, che dunque l'esame si sia svolto nel rispetto delle garanzie e dei termini normativamente previsti, che il richiedente sia stato informato dell'applicazione della procedura, dell'eventuale proroga dei termini, nonché tempestivamente informato del contenuto della decisione, dei termini e delle modalità di impugnazione.

6. Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo: le prospettive di riforma

Il 23.9.2020 la Commissione Von der Leyen ha presentato il «Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo», un documento programmatico e di indirizzo, accompagnato dalla contestuale pubblicazione di proposte di atti normativi e da una tabella di marcia che evidenzia la volontà della Commissione di giungere in tempi rapidi alla riforma del sistema europeo di asilo.

Il nuovo patto si propone di mantenere il più possibile i progressi compiuti e i compromessi raggiunti tra il Parlamento europeo ed il Consiglio. La Commissione sostiene gli accordi politici provvisori già raggiunti sul regolamento qualifiche e sulla direttiva sulle condizioni di accoglienza, prevedendone l'adozione nel secondo trimestre 2021, presenta emendamenti alla proposta di regolamento procedure per includervi una nuova procedura di frontiera, la cui approvazione viene addirittura programmata per il terzo trimestre

59. Si veda il decreto del 13.11.2019 del Tribunale di Milano che, in relazione alla decisione di inammissibilità di una domanda di protezione internazionale adottata dalla questura di Milano ai sensi dell'art. 29-*bis* d.lgs. n. 25/2008, ha disapplicato l'art. 29-*bis* ritenuto incompatibile con la normativa comunitaria nella parte in cui attribuisce la competenza a decidere sull'ammissibilità della domanda reiterata ad un ente accertatore diverso rispetto a quello previsto dagli artt. 3 e 4 d.lgs. n. 25/2008, demandando alla Commissione territoriale di compiere l'esame preliminare della domanda.

60. Con la sent. n. 25113 dell'8.10.2019, la Corte di cassazione, per una fattispecie disciplinata sotto la formulazione dell'art. 28-*bis* anteriore al d.l. n. 113/2018, ha affermato, in via incidentale, un principio di portata generale, ovvero quello per cui una domanda di protezione internazionale sottoposta a procedura accelerata deve essere trattata come tale sin dal principio, di conseguenza, deve escludersi che il richiedente asilo possa venire a conoscenza della speciale procedura solo al momento della notifica della decisione adottata.

2020, ma presenta anche proposte radicalmente nuove, come la modifica del regolamento Dublino con un regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che comprende un nuovo meccanismo di solidarietà su base costante, e la creazione di una procedura di accertamenti di pre-ingresso alle frontiere esterne.

Con il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo la Commissione conferma la politica del contenimento dei flussi e la volontà di impedire alle persone che giungono alle frontiere esterne di entrare negli Stati membri, a meno che non siano autenticamente richiedenti asilo, riunendo all'interno di un unico strumento la procedura di asilo e quella di rimpatrio alla frontiera⁶¹.

Gli emendamenti presentati alla proposta di regolamento procedure prevedono l'applicazione a tutti i confini esterni dell'Unione europea del c.d. approccio hotspot, già sperimentato in Italia, introducendo una procedura di pre-ingresso, finalizzata a determinare lo *status* di una persona e il tipo di procedura da applicare⁶².

Già il pacchetto di riforme del 2016 aveva previsto la rifusione della direttiva procedure in un regolamento, con la conseguenza della diretta applicabilità delle nuove disposizioni all'interno dell'ordinamento italiano, e con l'introduzione di concetti come quello di Primo Paese di asilo e Paese terzo sicuro. Gli emendamenti oggi proposti dalla Commissione mirano a consentire un uso più efficace e al tempo stesso flessibile delle procedure di frontiera, che vengono individuate come la seconda fase del processo, rispetto agli accertamenti pre-ingresso. Le procedure di frontiera vengono ulteriormente ampliate, prevedendone l'applicazione a tutte le domande presentate alla frontiera o in una zona di transito, o dal richiedente fermato a seguito di attraversamento irregolare della frontiera ed anche a coloro che siano stati recuperati attraverso operazioni SAR (Search and Rescue).

61. Per una prima e più approfondita analisi del nuovo patto sulla migrazione e l'asilo si veda: C. Favilli, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2.10.2020, www.questionegiustizia.it.

62. COM 2020(611), del 23.9.2020, Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 1013/32/UE: «The increased pressure resulting from arrivals of migrants with low chances of receiving protection needs to be dealt with through new migration management tools, including more harmonised procedures, in particular at the external border. For this purpose, a pre-entry phase is established consisting of a screening and a border procedure for asylum and return. During the screening, migrants will be registered and screened to establish identity and health and security risks. Migrants will then be referred to the appropriate procedure, be it asylum, refusal of entry or return. Finally, it will be determined whether an asylum application should be assessed without authorising the applicant's entry into the Member State's territory in an asylum border procedure or in a normal asylum procedure. Where an asylum border procedure is used and determines that the individual is not in need of protection, a return border procedure will follow».

Vengono sottoposte a procedura accelerata, anche nel caso di minori stranieri non accompagnati, le domande presentate da richiedenti asilo che provengono da Stati il cui tasso di riconoscimento della protezione internazionale è inferiore al 20%⁶³.

La riduzione delle garanzie procedurali accompagna quella delle garanzie giurisdizionali, con un impatto particolarmente importante sull'ordinamento italiano. Gli emendamenti proposti dalla Commissione, infatti, stabiliscono la contestuale notifica del provvedimento di diniego della protezione internazionale e di quello di allontanamento dal territorio, eventualmente anche con due atti separati, ma che devono costituire oggetto del medesimo ricorso giurisdizionale. Ne consegue, pertanto, che se la proposta dovesse essere definitivamente approvata, l'ordinamento italiano dovrà essere adeguato in termini di giurisdizione, e l'autorità giurisdizionale preposta sarà chiamata a decidere contestualmente sulla richiesta di protezione internazionale e sulla decisione di allontanamento.

L'*iter* di approvazione degli atti normativi volti a riformare il sistema europeo di asilo sarà presumibilmente rallentato dall'attuale prioritaria esigenza di gestione dell'emergenza sanitaria ma, se portato a termine nel quadro ora sinteticamente descritto, il sistema di asilo italiano sarà letteralmente rivoluzionato, evidentemente con una gravissima contrazione del diritto alla protezione internazionale, dando luogo ad un problema di compatibilità con l'art. 10, co. 3, Cost. che, come noto, riconosce il diritto di asilo, che non si esaurisce nel contenuto della protezione internazionale.

7. Considerazioni conclusive

Le norme esaminate nei paragrafi precedenti mostrano come il sistema di garanzie e di tutele del diritto di asilo in Italia sia stato fortemente compresso dalle modifiche introdotte dal d.l. n. 113/2018, non sufficientemente mitigato dallo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre, e che comunque si inseriscono nella cornice giuridica europea da tempo disegnata, e che guarda al contempo nel senso indicato dalle prospettive di riforma già formulate in sede europea.

Il quadro che ne emerge è di un diritto alla protezione sempre più sofferente e precario, a causa di un sistema oramai frammentario, ove l'eccezione procedurale diventa

63. COM 2020(611): art. 40 i) «(i) the applicant is of a nationality or, in the case of stateless persons, a former habitual resident of a third country for which the proportion of decisions by the determining authority granting international protection is, according to the latest available yearly Union-wide average Eurostat data, 20% or lower, unless a significant change has occurred in the third country concerned since the publication of the relevant Eurostat data or the applicant belongs to a category of persons for whom the proportion of 20% or lower cannot be considered as representative for their protection needs».

regola, tanto da non potersi più parlare di una procedura unica di esame della domanda di asilo, se non nel senso che è comune ad entrambe le forme di protezione internazionale.

In questo panorama il richiedente asilo è fisicamente tenuto ai margini, ai confini, trattenuto in hotspot o nelle zone di frontiera, sacrificando il corretto inquadramento della sua condizione giuridica per rispondere a non lungimiranti esigenze di celerità, o a possibili strumentalizzazioni ed abusi del diritto, con la finalità di un rimpatrio quasi mai eseguito o eseguibile.

L'ampliamento delle procedure accelerate e delle ipotesi di domande manifestamente infondate, la previsione di ipotesi di inammissibilità della domanda o di esame immediato, comportano un sacrificio della fase amministrativa di esame della domanda che, a fronte di un'applicazione generalizzata delle nuove norme o dello svilupparsi di prassi amministrative illegittime, potrebbe determinare l'aumento dei ricorsi in fase giurisdizionale.

L'effettività e l'efficacia del diritto di difesa del richiedente asilo, già minata con la riforma del 2017 e la soppressione del giudizio di appello, è stato ulteriormente compromesso dal d.l. n. 113/2018, che favorisce la caduta in una condizione di irregolarità di soggiorno del richiedente asilo che non riesca ad impugnare la decisione secondo termini stringenti o ad ottenere la sospensione del provvedimento stesso.

La reale portata delle modifiche normative, e l'effettiva capacità delle modifiche contenute dallo schema di decreto legge approvato il 5 ottobre di mitigarne gli effetti pregiudizievoli, tuttavia, potrà che valutarsi all'esito dell'applicazione delle norme, e che nei mesi scorsi ha suscitato gravi preoccupazioni, evidenziando l'intenzione delle Amministrazioni di ricorrere alle procedure accelerate ben oltre il limitato ambito di applicazione delle norme che, avendo contenuto eccezionale richiedono, invece, un'attuazione rigorosa.

In tal senso, dunque, il rischio è di vedere sempre più marginalizzata la c.d. procedura ordinaria, utilizzata in maniera residuale per categorie specifiche di richiedenti asilo, come quelli provenienti da Paesi in evidente odore di protezione internazionale o per i minori stranieri non accompagnati oppure i soggetti vulnerabili, creando categorie di richiedenti asilo di serie a e di serie b.

Chi scappa da situazioni di violenza e persecuzioni, al contrario, deve vedersi garantito il diritto all'accesso al territorio ed all'accesso alla procedura di asilo, deve avere eque e pari possibilità di far valere le proprie ragioni per l'accertamento della propria condizione giuridica, e poter esercitare un pieno ed effettivo diritto di difesa, mentre ogni giorno, al contrario, il richiedente asilo è frustrato nell'esercizio dei suoi diritti. Frustrazione che lo accomuna con l'operatore del diritto che quotidianamente si trova a fare i conti con norme

mal scritte, contraddittorie e lacunose, incompatibili ancora prima che con i principi internazionali ed europei, con i basilari principi del sentire umano.

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

LA CORTE EDU COMPIE UN PICCOLO PASSO IN AVANTI SUI PAESI TERZI “SICURI” E UN PREOCCUPANTE SALTO ALL’INDIETRO SULLA DETENZIONE DI MIGRANTI AL CONFINE. A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO *ILIAS E AHMED C. UNGHERIA*

di Cesare Pitea

***Abstract:** Nella sentenza Ilias e Ahmed, la Grande Camera della Corte EDU si pronuncia sui limiti convenzionali a due strumenti controversi nella gestione dei flussi migratori in frontiera: l’applicazione della nozione di Paese terzo sicuro quale causa di inammissibilità di domande d’asilo e il trattenimento dei richiedenti in pendenza della determinazione del loro status. Sul primo punto, la sentenza chiarisce alcuni interessanti principi con riguardo sia alla valutazione da parte delle autorità nazionali, sia alla natura del sindacato sovranazionale, essenzialmente procedurale. Lascia tuttavia aperta la questione della loro applicazione concreta in casi futuri. Sulla questione del trattenimento, la Corte nega la sussistenza di una privazione di libertà personale, con una motivazione che sembra fondarsi su una visione “sovranista” del bilanciamento tra interessi dello Stato e diritti individuali e sull’elaborazione di una nuova teoria di interpretazione della Convenzione in materia di immigrazione. L’argomentazione della Corte presenta evidenti profili di incoerenza interna, costituisce un punto di rottura con la giurisprudenza sviluppata in casi analoghi e apre un fronte di conflitto giurisprudenziale con la Corte di giustizia dell’Unione europea. Il risultato è un preoccupante indebolimento delle garanzie convenzionali e della rule of law per i migranti in frontiera e costituisce un salto qualitativo nella tendenza verso un regime “eccezionale” (al ribasso) nella tutela dei diritti umani delle persone migranti.*

***Abstract:** In Ilias and Ahmed, the Grand Chamber of the ECtHR ruled on the conventional limits to a couple of controversial tools for the management of migration flows at borders: the notion of “safe” third Country as a ground of inadmissibility of asylum claims and the detention of asylum seekers pending the determination of their status. On the first issue, the judgement sets out some relevant principles, both as the assessment by domestic authorities and the review by the Court. Their concrete application in future cases remains, however, an open question. On the issue of retention of asylum seekers at the land borders, the Court denies the existence of a deprivation of liberty, through a reasoning that seems to be based on a “sovereignist” outlook of the balance between State interests and individual rights. The Court also develops a new interpretive theory of the Convention in the field of migrations. Finally, the Court’s reasoning is internally inconsistent and is at variance with the case law developed in similar cases. Moreover, it opens a front of jurisprudential conflict with the Court of Justice of the European Union. The outcome of the case weakens the rule of law for migrants at borders and is a qualitative leap in the trend towards an “exceptional” (downward) regime in the protection of migrants’ human rights.*

LA CORTE EDU COMPIE UN PICCOLO PASSO IN AVANTI SUI PAESI TERZI “SICURI” E UN PREOCCUPANTE SALTO ALL’INDIETRO SULLA DETENZIONE DI MIGRANTI AL CONFINE. A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO *ILIAS E AHMED C. UNGHERIA*

di Cesare Pitea*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il divieto convenzionale di *refoulement* nell’esame di ammissibilità di domande d’asilo fondato sull’applicazione della nozione di Paese terzo sicuro: gli obblighi gravanti sulle autorità nazionali. – 3. (*segue*) la natura e l’oggetto del sindacato operato dalla Corte EDU. – 4. La nozione di privazione della libertà in frontiera: l’argomentazione sviluppata dalla Corte. – 5. (*segue*) l’approccio “realista” all’interpretazione della CEDU e la lettura in chiave “sovranista” dei diritti dei migranti. – 6. (*segue*) le incongruenze e contraddizioni, sincroniche e diacroniche, nella motivazione della Corte.

1. Introduzione

Con la sentenza del 21 novembre 2019, la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) ha chiuso il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, uno dei più rilevanti tra quelli esaminati negli ultimi anni in materia di migrazione e asilo¹. La motivazione della sentenza della Camera del 14 marzo 2017², ancor più dell’esito in gran parte favorevole ai ricorrenti, aveva rilanciato la speranza che la Corte volesse riappropriarsi del ruolo di garante dei diritti fondamentali dei migranti e dei principi del *rule of law*, erigendo una diga giuridica al crescente discorso populista sulle migrazioni e alla connessa erosione dei diritti

* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

1. Corte EDU (Grande Camera), *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. 47287/15, sent. 21.11.2019, di seguito *Ilias e Ahmed* (GC). Per un primo commento, v. V. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/>, 23.12.2019; F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU e Parte II)*, in *ADiM Blog*, <http://www.adimblog.com/>, 12.2019; S. Penasa, *Le politiche migratorie “al confine”: la Corte EDU tra nozione di “paese terzo sicuro” e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020; S. Zirulia, *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo? - Riflessioni a margine di CGUE, Grande Camera, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU (FMS e FNZ) e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, 25.5.2020.

2. Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, sent. 14.3.2017, ric. 47287/15, di seguito *Ilias e Ahmed* (camera).

fondamentali delle persone migranti, soprattutto nella gestione delle frontiere³. Rovesciando in gran parte il verdetto della Camera, al quale l'Ungheria aveva reagito con una legislazione di senso contrario rispetto a quello indicato dalla Corte⁴, la Grande Camera ha certificato l'accettabilità di un significativo arretramento delle garanzie in questa materia, perdendo l'occasione di fugare la sensazione diffusa che si stia affermando nella sua giurisprudenza un orientamento generalmente restrittivo che privilegia una visione "sovranista" nel bilanciamento tra diritti degli Stati e diritti degli individui nella gestione dei fenomeni migratori e un sostanziale arretramento del *rule of law* in questa materia.

I ricorrenti, due cittadini bengalesi assistiti dell'*Hungarian Helsinki Committee*, avevano fatto ingresso dalla Serbia in Ungheria (nonché nell'Unione europea) il 15 settembre 2015, entrando nella zona di transito di Röszke, situata sul territorio ungherese al confine tra i due Paesi. L'accesso al territorio ungherese tramite la frontiera di Röszke costituiva l'unica possibilità per chi volesse presentare domanda d'asilo in Ungheria, cosa che i ricorrenti facevano immediatamente dopo il proprio ingresso. La zona di transito era un'area chiusa, delimitata da cancellate di quattro metri e filo spinato, costantemente sorvegliata da guardie armate, chiusa verso e dall'esterno (anche i legali vi potevano accedere solo con autorizzazione delle autorità), attrezzata con containers e una piccola parte all'aperto costituita dal corridoio che li circondava, largo due metri e mezzo e lungo circa cinquanta. In poche ore, l'autorità amministrativa competente dichiarava inammissibili le domande di protezione dei ricorrenti, sull'assunto che la Serbia fosse un Paese terzo sicuro, in forza della designazione governativa nell'apposito elenco, avvenuta esclusivamente sulla base del suo *status* di candidato all'adesione all'Unione europea⁵. Contestualmente, veniva ordinata l'espulsione dei ricorrenti verso il Paese balcanico di provenienza. In pendenza del ricorso avverso tale decisione, i ricorrenti trascorrevano 23 giorni nella zona di transito. L'8 ottobre 2015, a seguito della definitiva decisione di inammissibilità delle loro domande, venivano scortati dalla polizia ungherese fuori dalla zona di transito ove veniva loro indicato di dirigersi "volontariamente" verso il confine con la Serbia e di attraversarlo illegalmente, stante l'impossibilità di varcarlo attraverso un posto di frontiera, per il noto rifiuto delle autorità serbe di riammettere sul proprio territorio stranieri provenienti dall'Ungheria.

3. V.P. Kilibarda, *The ECtHR's Ilias and Ahmed v. Hungary and Why It Matters*, *EJILBlog!*, www.ejiltalk.org/, 20.3.2017 e B. Gornati, *Paesi terzi sicuri, respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso Ilias e Ahmed*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2017, pp. 542-552.

4. V.B. Nagy, *Restricting access to asylum and contempt of courts: Illiberals at work in Hungary*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <https://eumigrationlawblog.eu/>, 18.9.2017.

5. Ungheria, decreto del Governo 191/2015 (VII.21) sulla designazione nazionale dei Paesi di origine e dei Paesi terzi sicuri, 1.8.2015 (traduzione in inglese disponibile su www.refworld.org/docid/55ca02c74.html).

I ricorrenti lamentavano di aver subito, in pendenza dell'esame della loro domanda di protezione internazionale e dei successivi ricorsi, un trattenimento illegale (in violazione dell'art. 5 della CEDU) e in condizioni inumane e degradanti (in violazione dell'art. 3 della CEDU). Lamentavano inoltre che il rigetto delle loro domande e il conseguente respingimento verso la Serbia costituivano una violazione dell'art. 3 della CEDU. Infine, si dolevano dell'assenza o dell'insufficienza di rimedi per contestare la legalità del loro trattenimento (ai sensi dell'art. 5, par. 4, della CEDU), le condizioni dello stesso e la legittimità del loro allontanamento dal territorio ungherese (invocando, in entrambi i casi, l'art. 13 della CEDU, in combinato con l'art. 3).

La sentenza, con la quale la Grande Camera, ad ampia maggioranza⁶, ha accertato la violazione della CEDU limitatamente alla questione relativa al rinvio verso la Serbia, proietta qualche luce sui criteri di esame di domande d'asilo nelle quali rilevi il concetto di Paese sicuro, in questo caso di transito, e diverse, lunghe e lugubri ombre sulla nozione di privazione della libertà in connessione all'esame in frontiera di tali domande. Su queste due questioni si concentrano le osservazioni svolte in questo commento.

2. Il divieto convenzionale di *refoulement* nell'esame di ammissibilità di domande d'asilo fondato sull'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro: gli obblighi gravanti sulle autorità nazionali

La sentenza della Grande Camera cristallizza e chiarisce alcuni limiti convenzionali al ricorso alla nozione di Paese terzo sicuro, soprattutto negli Stati membri dell'Unione europea in applicazione della facoltà prevista dagli articoli 33 e 39 della direttiva 2013/32 («direttiva procedure»)⁷. Da un lato, consolida un orientamento della Corte volto a legittimare tale contestata pratica, riconoscendo esplicitamente che «[t]he Convention does not prevent Contracting States from establishing lists of countries which are presumed safe for asylum seekers» (par. 152). Dall'altro, ne circoscrive la portata, almeno in via di principio, in applicazione del divieto convenzionale di *refoulement*⁸, articolando la rilevanza della designazione astratta di un Paese (in questo caso di transito) quale sicuro nell'esame individuale delle domande di asilo, sia in sede amministrativa, sia in sede di ricorso giurisdizionale.

6. V. l'opinione del giudice Bianku, a cui ha aderito il giudice Vučinić, parzialmente dissenziente sulla decisione di considerare inapplicabile l'art. 5 CEDU.

7. Direttiva (UE) n. 32/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.6.2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 1 ss.

8. Sul principio di *non-refoulement* nella sua dimensione internazionale, tra diritto dei rifugiati e CEDU, v. *ex multis* F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, *Dir. um. e dir. int.*, 2010, p. 487 ss.

Come noto, gli Stati membri dell'Unione europea possono adottare norme nazionali che consentono di non esaminare nel merito una domanda di protezione internazionale, dichiarandola inammissibile ai sensi dell'art. 33, par. 2, lett. c), della direttiva procedure del 2013, quando il richiedente abbia un sufficiente collegamento con un Paese diverso da quello di origine, a condizione che tale Paese sia da ritenersi sicuro per il richiedente stesso, anche in virtù di una designazione *ex ante*, e che lo riammetta sul proprio territorio⁹. L'idea soggiacente è che il richiedente avrebbe potuto ricevere e dovuto richiedere protezione in tale Paese e non in quello nel quale ha presentato effettivamente la domanda¹⁰. Poiché sia la decisione di non esaminare nel merito una domanda di protezione sulla base della nozione di Paese terzo sicuro, sia la designazione di un determinato Stato quale sicuro a tal fine, sono frutto di una scelta discrezionale operata a livello nazionale e non sono imposte dall'attuazione di un obbligo derivante dalla partecipazione all'Unione europea, grava sugli Stati membri la responsabilità di assicurare che ciò avvenga nel pieno rispetto dei propri obblighi convenzionali, senza bisogno di ricorrere alla dottrina della protezione equivalente¹¹.

In questo quadro, la sentenza precisa sia il particolare contenuto che gli obblighi convenzionali di *non-refoulement* assumono, sia la natura del sindacato della Corte circa l'adempimento agli stessi, quando il richiedente non è destinato al rimpatrio nel proprio Paese di origine, ma al rinvio verso un Paese terzo di transito.

L'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro, infatti, implica una scelta in favore dell'esame non già della fondatezza della domanda, e quindi della sussistenza di un rischio di persecuzione e/o di tortura e trattamenti inumani e degradanti nel Paese di origine (par. 138), ma della diversa questione se il ricorrente goda, nel Paese ove è rinvio, di una protezione sufficiente dal rischio di violazione del diritto protetto dall'art. 3 CEDU, sotto un duplice profilo: mediante l'accesso effettivo a un sistema di esame delle domande d'asilo (par. 134) che garantisca protezione contro il *refoulement*, anche indiretto (par. 133)¹², e in relazione ad altri rischi nel Paese di rinvio, con particolare riguardo alle condizioni di detenzione o di vita dei richiedenti asilo (par. 131).

La sentenza, anche a livello di enunciazioni di principio, si concentra sul primo di questi due aspetti. Sulla base di elementi già presenti nella propria giurisprudenza o risultanti da standard internazionali (par. 140), la Corte ribadisce alcune nozioni importanti in relazione alla prova della sicurezza del Paese terzo nei procedimenti nazionali. Sul richiedente grava l'onere di addurre e motivare («to rely on and to substantiate») le circostanze individuali

9. Art. 38 direttiva procedure.

10. Considerando 43-45 direttiva procedure.

11. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., parr. 95-97, in linea con la giurisprudenza consolidata sul punto, sulla quale v. per tutti Corte EDU (Grande Camera), *Avotins c. Latvia*, ricorso n. 17502/07, sent. 23.5.2016, par. 105.

12. V. anche *Mohammadi c. Austria*, ric. 71932/12, sent. 3.7.2014, par. 60.

pregiudizievoli, delle quali le autorità procedenti non possono essere a conoscenza. Grava invece su tali autorità l'onere di «carry out of their own motion an up-to-date assessment, notably, of the accessibility and functioning of the receiving country's asylum system and the safeguards it affords in practice. The assessment must be conducted primarily with reference to the facts which were known to the national authorities at the time of expulsion but it is the duty of those authorities to seek all relevant generally available information to that effect» (par. 141).

Questa affermazione chiarisce, in primo luogo, che l'indagine circa la sicurezza dello Stato di rinvio deve necessariamente avere natura concreta e deve riguardare l'effettiva accessibilità e affidabilità («accessibility and reliability», par. 139) delle procedure d'asilo in quel Paese, alla luce della loro pratica applicazione, non essendo sufficiente l'astratta esistenza di garanzie in testi legislativi o per effetto dell'esistenza di obblighi internazionali o sovranazionali, inclusi quelli derivanti dalla Convenzione stessa (par. 140).

In secondo luogo, il principio enunciato indica che l'inclusione in un elenco di Paesi sicuri, che deve comunque essere «sufficiently supported at the outset by an analysis of the relevant conditions in that country and, in particular, of its asylum system» (par. 152), non esime né le autorità amministrative, né il giudice in sede di ricorso, dal procedere d'ufficio a un esame concreto dell'applicabilità al caso di specie della determinazione di sicurezza operata in via generale e astratta. Sulle autorità, e non sul richiedente, grava l'onere di verificare d'ufficio se tali condizioni sussistano al momento dell'esame individuale della (ricevibilità della) domanda. Ciò, a nostro avviso, implica che la Corte, nell'utilizzare il termine presunzione («presumption») con riferimento all'incidenza della designazione *ex ante* sull'analisi del caso individuale, lo faccia in senso descrittivo, non potendosi considerare tecnicamente una presunzione l'assunto processuale della veridicità di un fatto la cui sussistenza deve comunque essere verificata d'ufficio e in concreto nel caso individuale¹³. Al contrario, costituisce una vera e propria presunzione quella che opera relativamente alla conoscenza, da parte delle autorità procedenti alla suddetta valutazione, di «[g]eneral deficiencies [of the asylum system] well documented in authoritative reports, notably of the UNHCR, Council of Europe and EU bodies» (par. 141). Se quest'ultimo punto è da valutarsi positivamente nella prospettiva dell'effettività della garanzia, si deve tuttavia rilevare che la Corte, omettendo un riferimento diretto alle fonti di informazione di origine non governativa, sembra indicare un arretramento rispetto alla giurisprudenza precedente¹⁴.

13. In questo senso, più esplicitamente, *Ilias e Ahmed* (camera), par. 124.

14. V. Corte EDU, *F.G. c. Svezia*, ric. 43611/11, sent. 23.3.2016, par. 117, con riferimento alla prova dinanzi ai giudici nazionali, e (Grande Camera) *J.K. et al. c. Svezia*, ric. 59166/12, sent. 23.8.2016, par. 90, con riferimento alla Corte stessa.

L'obbligo in capo alle autorità nazionali di valutare con attenzione i rischi rilevanti nel Paese di rinvio non può venir meno, come invece sostenuto dal Governo ungherese e da altri intervenienti, sulla base di considerazioni attinenti all'infondatezza nel merito, anche manifesta, della richiesta di protezione. L'assenza di rischi nel Paese di origine è, infatti, una conclusione alla quale si può giungere «only by means of a legal procedure resulting in a legal decision» (par. 137). Introdurre elementi di fondatezza nel merito della domanda in questo stadio e in assenza delle dovute garanzie, o peggio ancora come giustificazione *ex post facto* della decisione assunta, avrebbe la conseguenza che «asylum-seekers facing deadly danger in their country of origin could be lawfully and summarily removed to “unsafe” third countries. Such an approach would in practice render meaningless the prohibition of ill-treatment in cases of expulsion of asylum seekers» (par. 137).

3. (segue) la natura e l'oggetto del sindacato operato dalla Corte EDU

La precisazione dell'oggetto dell'analisi di ricevibilità fondata sull'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro non si limita a fornire un'importante indicazione alle autorità nazionali (amministrative e giurisdizionali) circa le modalità di adempiere agli obblighi procedurali discendenti dall'articolo 3 della CEDU, ma contribuisce anche a definire l'atteggiarsi del sindacato della Corte sull'operato di queste ultime, nel quadro della più generale tendenza verso la proceduralizzazione degli obblighi in esame, quale espressione del principio di sussidiarietà¹⁵.

Questo si manifesta, innanzitutto, nella chiara esclusione dal novero delle questioni rilevanti dinnanzi alla Corte della sussistenza di un «arguable claim» di rischio di violazione dell'articolo 3 in caso di rimpatrio. Dovendosi l'analisi dei giudici nazionali concentrare sulla situazione nel Paese terzo di rinvio a esclusione della sussistenza di rischi nel Paese di origine, la Corte si troverebbe a operare quale giudice di prima istanza, senza il beneficio dell'analisi svolta delle autorità nazionali, in contrasto con il suo mandato (parr. 140-147).

Il compito della Corte in questi casi consiste dunque nel verificare se: a) le autorità nazionali abbiano dimostrato¹⁶ di aver tenuto in dovuta considerazione, procedendo d'ufficio e in maniera adeguata, le informazioni di carattere generale a loro disposizione relative al Paese terzo e al suo sistema di asilo, ivi comprese le condizioni di accoglienza dei richiedenti, sia nella designazione *ex ante* sia nell'esame individuale; e b) i ricorrenti abbiano avuto

15. R. Spano, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 487-502, e E. Brems, *The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights*, in *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, a cura di J. Gerards ed E. Brems, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 17-39.

16. Che l'onere di dimostrare che tale analisi sia avvenuta con la dovuta diligenza gravi, almeno inizialmente, sullo Stato convenuto si ricava dal par. 154 della sentenza.

sufficienti opportunità dimostrare l'insicurezza del Paese terzo nel loro caso specifico (parr. 154-155).

Nell'applicazione al caso concreto, non è complesso per la Corte giungere alla conclusione che gli obblighi procedurali relativi alla valutazione del rischio di *refoulement* in Serbia sono stati violati, sulla base di tre ordini di considerazioni. Innanzitutto, per le deficienze nel procedimento di designazione della Serbia come Paese sicuro, avvenuta esclusivamente sul presupposto della sua partecipazione a trattati che impongono il rispetto del principio di *non-refoulement* e dello *status* di candidato all'ingresso nell'Unione europea, senza che vi fosse stata alcuna reale indagine sui rischi di un *refoulement* a catena o sull'accesso al sistema di asilo in Serbia e sulla sua affidabilità (parr. 153-154). In secondo luogo, perché l'applicazione al caso concreto era avvenuta senza tenere in considerazione alcuna le informazioni provenienti dall'Alto commissariato per i rifugiati delle Nazioni Unite, che attestavano l'esistenza di un rischio concreto di diniego di accesso al sistema d'asilo in Serbia. Infine, poiché tale rischio era stato esacerbato dalle autorità ungheresi «by inducing [the applicants] to enter Serbia illegally instead of negotiating an orderly return» (par. 163, con riferimento al par. 161).

Alla luce di queste circostanze fattuali, la sentenza, pur offrendo un contributo in principio rilevante nel circoscrivere il ricorso alla “presunzione” di sicurezza sempre più utilizzato nel diritto dell'Unione europea e negli ordinamenti degli Stati membri, lascia aperta la questione della pratica applicazione dell'impianto concettuale a casi nei quali l'omissione delle autorità statali non risulti così smaccatamente evidente come nel caso di specie. Nel quadro della proceduralizzazione delle garanzie convenzionali in materia di migranti, tendenza della quale la decisione in commento costituisce una evidente manifestazione, l'adozione, da parte della Corte, di criteri stringenti di sindacato del rispetto in concreto dei principi enunciati costituisce un requisito indefettibile dell'effettività della protezione offerta¹⁷. Inoltre, il rischio di un'accentuata proceduralizzazione dello scrutinio della Corte, se non accompagnata anche da una valutazione degli esiti della procedura, pur con un criterio meno stringente di manifesta irragionevolezza, rischia di portare alla legittimazione di risultati inaccettabili sotto il profilo del rispetto delle garanzie sostanziali¹⁸.

17. Per simili considerazioni sulla distanza tra principi e applicazione nella tutela dei migrante dinanzi alla Corte EDU, v. A. Saccucci, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di C. Favilli, Padova, CEDAM, 2011, p. 147 ss.

18. Sulla distinzione e la relazione tra «acceptable procedure» e «acceptable results», v. E. Brems, *Procedural Protection - An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights*, in *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, a cura di E. Brems e J. Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 135 ss.

4. La nozione di privazione della libertà in frontiera: l'argomentazione sviluppata dalla Corte

Il secondo aspetto della sentenza sul quale ci si vuole soffermare riguarda la nozione di privazione della libertà personale, ai sensi dell'articolo 5 della CEDU, per la prima volta affrontata in relazione a un caso di confinamento di migranti in una zona posta in una frontiera terrestre, in attesa della determinazione del loro diritto a soggiornare nello Stato. Tale questione è essenziale per l'applicazione delle garanzie – già limitate – contro il trattenimento arbitrario dei migranti, in un contesto di politiche migratorie in cui il confinamento fisico è uno strumento crescentemente utilizzato e legittimato, ed è sovente accompagnato da una qualificazione nel diritto e nelle prassi nazionali che ne nega la natura privativa della libertà personale.

In via generale, è appena il caso di ricordare che le garanzie contro l'arbitrarietà della privazione della libertà enunciate dalla disposizione in esame si applicano, come è logico, solo in presenza di una risposta affermativa alla domanda sul *se* vi sia stata tale privazione. Per quanto concerne i migranti ed interessa in questa sede, la Convenzione consente tale privazione per prevenire l'ingresso irregolare (art. 5, par. 1, lett. f). In tali casi, le garanzie si presentano già, per giurisprudenza costante, assai limitate¹⁹. A differenza di quanto avviene nelle altre circostanze che possono giustificare una privazione della libertà, la detenzione dei migranti non soggiace a uno stringente criterio di necessità²⁰. In altre parole, la privazione della libertà è convenzionalmente giustificabile anche se l'obiettivo di controllo dei flussi migratori potrebbe essere perseguito efficacemente tramite misure meno intrusive. Il criterio di legittimità convenzionale è, dunque, quello meno gravoso dell'assenza di arbitrarietà, nel senso che la misura restrittiva deve essere strettamente connessa («*closely connected*») alla finalità di impedire l'ingresso illegale e, tenuto conto del fatto che essa è sovente applicata a persone che non hanno commesso alcun reato e che possono essere in fuga da rischi per la loro incolumità, deve svolgersi in luoghi adeguati e avere una durata che non ecceda quanto ragionevolmente necessario in relazione alla finalità perseguita²¹. Si tratta, dunque, di uno standard molto generoso per gli Stati, che lascia ampio margine al ricorso alla detenzione dei migranti che varchino la frontiera senza i necessari documenti, e poco aggiunge alle tradizionali garanzie di inviolabilità della libertà personale e che si manifestano nel requisito di legalità della privazione della libertà (art. 5, par. 1, CEDU) e

19. Si veda il *leading case* Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, ric. 13229/03, sent. 29.1.2008. Per una visione critica dell'insieme della giurisprudenza sul punto, v. C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 279 ss. Per una comparazione con la giurisprudenza interamericana, v. F. Ippolito, *Detention of Irregular Migrants: Dialogue and Divergence between the Inter-American and European Human Rights Courts*, in *Revue hellénique du droit international*, 2012, p. 583 ss.

20. *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 66.

21. *Ivi*, par. 74.

nei diritti accessori, ma fondamentali, di informazione circa le ragioni della detenzione (art. 5, par. 2, CEDU) e di controllo giurisdizionale circa la legalità della stessa (art. 5, par. 4, CEDU).

Nella sentenza in commento, e in quella gemella sul caso *Z.A. e altri c. Russia*²², la Corte enuncia un approccio interpretativo speciale al trattenimento in frontiera dei migranti (par. 213)²³ ed elabora dei criteri per l'esame della questione che si distaccano in parte da quelli ormai consolidati, applicandoli peraltro in modo poco convincente²⁴.

La Corte individua alcuni fattori da tenere in considerazione, a suo dire ricavabili dai principi ormai costantemente enunciati e applicati in materia, per la qualificazione della condizione giuridica delle persone trattenute in frontiera, che guidino l'interprete nella complessa determinazione, di natura squisitamente fattuale, della sottile linea che separa limitazione alla libertà di circolazione e privazione della libertà personale. Come la Corte ha da tempo riconosciuto, la distinzione è una questione «of degree or intensity and not one of nature or substance»²⁵ e «the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task, in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 depends»²⁶.

L'approccio tradizionale della Corte consiste nell'osservare che, nell'operare la qualificazione, «the starting-point must be [the applicant's] specific situation in reality and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question» (par. 212)²⁷. Nel caso di specie, la Corte sviluppa un test più articolato che si fonda sull'esame di quattro fattori: 1) la situazione individuale e le scelte dei ricorrenti; 2) il regime giuridico applicabile nello Stato interessato e la sua finalità; 3) la durata della restrizione, specialmente alla luce della sua finalità e delle garanzie procedurali a disposizione dei ricorrenti durante l'applicazione della

22. Corte EDU (Grande Camera), *Z.A. et al. c. Russia*, ric. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, sent. 21.11.2019, specialmente par. 135. Il caso riunisce le vicende, per molti versi simili, di quattro migranti "in orbita" di diversa nazionalità (irachena, palestinese, somala e siriana). I ricorrenti, in partenza o in transito dall'aeroporto internazionale Sheremetyevo di Mosca, erano stati respinti dal Paese di prima destinazione del loro volo e rinviiati in Russia. Rientrati all'aeroporto moscovita, le autorità di frontiera russe avevano rifiutato loro di oltrepassare la barriera del controllo documenti e avevano sequestrato i loro passaporti. In seguito, avevano tutti richiesto una forma di protezione, temporanea o *status* di rifugiato, ed erano stati confinati, in pendenza della decisione, nella zona di transito dell'aeroporto. Il confinamento dei ricorrenti, durato a seconda dei casi tra i 5 e i 22 mesi, terminava – in due casi – con il reinsediamento a cura dell'UNHCR in Stati europei e – negli altri due – con il rimpatrio nei Paesi di origine, in conseguenza delle decisioni definitive di rigetto delle loro domande.

23. V. *infra*, par. 5.

24. V. *infra*, par. 6.

25. V. Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, sent. 6.11.1980, parr. 92-93.

26. *Ibidem*.

27. V. anche Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia e al. c. Italia*, ric. 16483/12, sent. 15.12.2016, par. 64.

misura; 4) la natura e il grado delle restrizioni effettivamente imposte ai ricorrenti o da essi subite (par. 217).

Nel passare alla loro applicazione concreta, la Corte sottolinea di trovarsi per la prima volta ad esaminare la questione del trattenimento alla frontiera terrestre, essendo i precedenti relativi a ingressi via aerea e marittima, e preannuncia che «[t]he specific purpose, as well the physical and legal characteristics of such transit zones *will inevitably have an impact on the Court's analysis* of the applicability of Article 5» (par. 218, corsivo nostro). Quanto al primo fattore identificato come rilevante, la Corte sottolinea che i ricorrenti hanno varcato il confine di propria iniziativa (par. 220) e senza esservi costretti da un pericolo diretto e imminente per la loro salute o vita in Serbia (par. 223). Quanto al secondo, la Corte osserva che, ai sensi dell'ordinamento interno, il trattenimento dei ricorrenti ha la finalità di consentire alle autorità ungheresi di esercitare il proprio diritto di verificare se un migrante possieda i requisiti per l'ingresso nel territorio, dopo avere intimato loro di allontanarsi. A tale osservazione è legata l'analisi del terzo fattore, relativamente al quale la Corte osserva che il diritto ungherese prevedeva un periodo massimo di permanenza nella zona di transito (di quattro settimane) e riconosceva ai ricorrenti talune garanzie procedurali nell'esame della loro domanda di protezione. In concreto, il rispetto della durata massima prevista e la celerità con la quale le domande di protezione dei ricorrenti erano state esaminate, nonostante una situazione ritenuta critica, determinata dall'afflusso massiccio di migranti e richiedenti asilo (par. 228), contribuivano a rafforzare l'idea che la permanenza dei ricorrenti nella c.d. "area di attesa" non avesse oltrepassato, nei tempi e nei modi, quanto la Corte valuta strettamente necessario per l'esame della domanda medesima (par. 229), sicché «the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty *imputable* to the State» (par. 225, corsivo nostro).

L'analisi dell'ultimo fattore è decisiva e affronta l'argomento centrale coerentemente sostenuto dall'Ungheria, secondo il quale la permanenza nella zona di transito non costituiva una privazione di libertà in quanto i ricorrenti avevano la possibilità di fare ritorno in Serbia. Il ragionamento della Corte contiene due concessioni alle ragioni dei ricorrenti. Da un lato, la Corte riconosce che la zona di transito è assimilabile ad alcune tipologie di «light-regime detention facilities», per la sua conformazione fisica e per il regime di sorveglianza e di controllo degli ingressi in essa istituito (par. 232). Dall'altro, la Corte riconosce che, anche alla luce dell'Accordo di riammissione tra Serbia e Unione europea²⁸, i ricorrenti probabilmente non avevano il diritto di oltrepassare il confine con la Serbia (par. 237). Tuttavia, la rilevanza di tali osservazioni viene completamente oscurata dalla

28. *Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia*, GUUE 19.12.2007 L 334, p. 46 ss.

considerazione circa la possibilità *fisica* di rientrare in Serbia “spontaneamente”, che costituisce la vera *ratio decidendi* della sentenza. La Corte infatti osserva che altri migranti trattenuti nella zona di transito avevano lasciato Röszke per rientrare in Serbia (par. 235 e 237) e che, materialmente, ciò poteva avvenire senza la necessità di azioni, quali l'imbarco su un aeromobile, che avrebbero necessitato di una cooperazione “esterna” da parte delle autorità ungheresi (par. 237), con ciò differenziando il caso dai precedenti in cui la Corte aveva ritenuto l'articolo 5 applicabile. Ciò portava alla conclusione che «[i]n practical terms (...) the possibility for [the applicants] to leave the Röszke land border transit zone was not only theoretical but realistic» (par. 236) e che «the *de facto* possibility of them leaving the transit zone for Serbia existed, not only in theory but also in practice» (par. 237). La Corte respinge l'obiezione dei ricorrenti, secondo i quali tale condotta, ancorché materialmente possibile, avrebbe comportato, da un lato, il rischio di trattamenti inumani e degradanti in Serbia e di *refoulement* indiretto verso il Paese di origine e, dall'altro, la rinuncia definitiva alla domanda di protezione in Ungheria. Secondo la maggioranza, tali conseguenze avverse connesse al rientro “volontario” in Serbia, in assenza di una minaccia diretta per la vita o la salute dei migranti, non incidendo sulla possibilità materiale di sottrarsi al trattenimento, non siano tali da mutare la natura della permanenza dei ricorrenti nella zona di transito (parr. 239-248), se non a costo di «stretch the concept of deprivation of liberty beyond its meaning intended by the Convention» (par. 243).

5. (segue) l'approccio “realista” all'interpretazione della CEDU e la lettura in chiave “sovranista” dei diritti dei migranti

L'argomentazione sviluppata dalla Corte appare assai debole e poco convincente ed è chiaramente influenzata da due premesse, una sui canoni interpretativi e una sul contesto *culturale e discorsivo*, espresse come segue: «in drawing the distinction between a restriction on liberty of movement and deprivation of liberty in the context of confinement of asylum-seekers, its approach should be *practical and realistic*, having regard to *the present-day conditions and challenges*. It is important in particular to recognise the *States' right*, subject to their international obligations, to control their borders and to take measures *against foreigners circumventing restrictions on immigration*» (par. 213, corsivi nostri)²⁹.

La Corte, dunque, riconosce esplicitamente la necessità di applicare un approccio speciale all'interpretazione della nozione di restrizione della libertà personale dei migranti nelle procedure di frontiera. A chiunque abbia un minimo di dimestichezza con la giurisprudenza della Corte, non sfuggirà la portata regressiva di tale paragrafo, che distorce

29. Vedi anche Z.A., cit., par. 135.

nel significato e nel significato due tra i più antichi e caratteristici slogan interpretativi della Corte.

L'endiadi «*practical and realistic*» si sostituisce a quella «*practical and effective*» che, affermata sin dagli albori della giurisprudenza della Corte³⁰, ha inteso esprimere, sulla base dell'oggetto e dello scopo della Convenzione quale trattato sulla protezione dei diritti umani³¹, un principio interpretativo di portata generale (c.d. principio di interpretazione effettiva) la cui essenza è la prevalenza e la precedenza di un'interpretazione a favore della garanzia dei diritti individuali, rispetto a un'altra, pur plausibile, maggiormente rispettosa della sovranità degli Stati. Inoltre il riferimento alla necessità che l'interpretazione del testo convenzionale guardi alle «*present-day conditions*», espressione sintetica dell'idea di interpretazione dinamica ed evolutiva della Convenzione, si arricchisce della presa in considerazione anche delle *challenges* che la tutela dei diritti deve affrontare. A quali sfide si riferisce la Corte? La domanda trova risposta, nella sentenza gemella sul caso *Z.A. c. Russia*: a quelle derivanti dal fenomeno di elusione da parte dei migranti dei limiti posti all'ingresso sul territorio dagli Stati, nell'esercizio della propria sovranità, e quindi «the practical, administrative, budgetary and legal challenges that the member States face as a consequence of the influx of refugees and immigrants»³². Quest'ultima osservazione chiude il cerchio e restituisce un sinistro quadro del sostrato culturale e dell'approccio discorsivo soggiacente la decisione della Corte che, seppur non nuovo³³, assurge per la prima volta a compiuta teoria interpretativa.

Lo sviluppo dell'argomentazione ha dunque come punto di partenza l'accentuazione sino alle estreme conseguenze di un approccio sovranista alla materia migratoria che, in verità, già contraddistingue la giurisprudenza della Corte³⁴. Tradizionalmente, la Corte individua esplicitamente la funzione degli obblighi internazionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri³⁵ quale mero limite al «*undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory*»³⁶. Nella prospettiva della teoria dei diritti umani, questo approccio è stato criticato in quanto inverte l'ordine di priorità tra diritto della persona e

30. Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, ric. 6289/73, sent. 9.10.1979, par. 24, e *Artico c. Italia*, ric. 6694/74, sent. 13.5.1980, par. 33.

31. Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88, sent. 7.7.1989, par. 89.

32. *Z.A.*, cit., par. 126.

33. Cfr., ad esempio, *Khlaifia*, cit., par. 185, come osservato anche da Zirulia, *op. cit.*

34. V., per una recente disamina della giurisprudenza attraverso questa lente, F. De Vittor, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fasc. 2, 2020, in corso di pubblicazione.

35. V., ampiamente, M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 3-6.

36. *Ex multis v. Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 64, *Amuur*, par. 41; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sent. 28.5.1985, parr. 67-68.

diritto dello Stato³⁷. Nella prospettiva del diritto internazionale positivo, anche tralasciando la radicale contestazione della fondatezza dell'affermazione della Corte³⁸, l'affermazione è di per sé poco più che banale: tutti gli obblighi internazionali in materia di diritti umani costituiscono la limitazione di un precedente diritto dello Stato in quanto ente sovrano.

Non banale e pregno di significato è che tale ricostruzione teorica sia esplicitata dalla Corte solo nei confronti della posizione dello straniero. Nella sentenza in commento, l'idea che lo Stato, al fine di esercitare questo diritto primordiale di controllo sullo straniero, si trovi necessariamente nella posizione di doverne restringere la sfera fisica di libertà³⁹ assume una posizione centrale nell'economia complessiva della motivazione. Il confinamento fisico non sarebbe nemmeno imputabile allo Stato, ma all'individuo stesso che, tramite la propria condotta, mette alla prova i limiti giuridici della sovranità statale⁴⁰. Esso, dunque, costituirebbe una privazione della libertà solo in casi eccezionali, in particolare quando vi sia evidenza di un esercizio abusivo o arbitrario, da parte dello Stato, del proprio diritto sovrano di confinare lo straniero in ingresso sul territorio. Come si evidenzierà meglio in seguito, questo approccio trasla l'analisi tradizionalmente operata sul piano dei *limiti* alla detenzione a quello della sussistenza stessa della privazione della libertà, con l'effetto distopico che l'assenza di abuso o arbitrario trascina con sé la rimozione delle garanzie fondamentali di legalità e *habeas corpus* che sono presidio fondamentale del *rule of law* in questo ambito.

A questo "eccezionalismo"⁴¹ nel canone interpretativo e nell'approccio discorsivo al tema della difesa dei confini si accompagna il richiamo a due classiche munizioni dell'arsenale di stereotipi che legittimano le politiche securitarie di contenimento dei flussi migratori e le restrizioni al diritto d'asilo: la teoria del richiedente abusivo e la retorica emergenziale della crisi.

Sul primo punto, e anche in questo caso si tratta di una novità, l'enunciazione di principio della Corte individua nello straniero che aggira le restrizioni in materia di immigrazione il soggetto rispetto al quale lo Stato ha il diritto e la necessità di adottare strategie "difensive". E questo nonostante nel caso concreto i ricorrenti avessero varcato la frontiera tutt'altro che clandestinamente, sottoponendosi a identificazione e presentando immediatamente domanda d'asilo⁴². Con un'evidente asimmetria rispetto alla

37. Dembour, *op. cit.*, pp. 3-6.

38. B. Schotel, *On the Right of Exclusion: Law, Ethics and Immigration Policy*, Abingdon: Routledge, 2012.

39. Per una radicale critica a questo assunto, v. C. Costello, *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, p. 143 ss.

40. Per un'impostazione non dissimile, v. Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. 8675/15 8697/15, sent. 13.2.2020, par. 200.

41. Un "eccezionalismo" che si ritrova anche in altri ambiti della giurisprudenza riguardante i fenomeni migratori, v. V. Stoyanova, *Populism, Exceptionality, and the Right to Family Life of Migrants under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Legal Studies*, 2018, p. 83 ss.

42. Stoyanova, *Grand Chamber*, cit., e Gatta, *op. cit. (parte II)*, p. 3.

rappresentazione dell'esercizio da parte dello Stato del proprio diritto di svolgere controlli in frontiera, l'esercizio da parte dei ricorrenti del proprio diritto di accedere alla procedura di protezione internazionale viene inquadrato quasi aprioristicamente come una *scelta*, della quale essi sembrano dover sopportare l'inevitabile conseguenza di trascorrere un periodo di tempo confinati in una zona di "attesa". Vi è dunque uno scollamento tra i fatti in causa e il quadro concettuale della loro analisi, a meno che non si voglia ritenere che sullo sfondo della decisione vi sia una valutazione circa la natura genuina della domanda di protezione dei ricorrenti, questione che tuttavia la Corte esplicitamente ha ritenuto irrilevante.

Fa infine capolino nella sentenza un altro pezzo fondamentale del discorso securitario sulle migrazioni, quello fondato sulla teoria della crisi, con la conseguente legittimazione di approcci emergenziali, di stati di eccezionalità e di una maggiore tolleranza verso la compressione dei diritti⁴³. Il riferimento alle «conditions of a mass influx of asylum-seekers and migrants at the border, which necessitated rapidly putting in place measures to deal with what was *clearly* a crisis situation» (par. 228, corsivo nostro) non è fondato né sull'analisi di dati, né sulla valutazione delle cause e del contributo dello Stato interessato, tramite le proprie politiche e le proprie scelte operative, al prodursi della situazione, ma è il frutto di un appiattimento della Corte alla rappresentazione della situazione fornita dal Governo ungherese. Questa osservazione è posta in diretta relazione con l'apprezzamento che la Corte esprime per la celerità con la quale le autorità hanno esaminato la domanda di protezione dei ricorrenti. Ciò è sorprendente, se si rammenta che, solo poche pagine innanzi, la medesima procedura era stata censurata per le evidenti e grossolane carenze che la rendevano del tutto inadatta ai propri scopi. La Corte quindi, pare adottare una nozione di efficienza della procedura nella risposta alla (supposta o esistente) crisi che antepone la capacità di disporre rapidamente di un elevato numero di casi, alla funzionalità, ovvero la capacità della procedura di raggiungere lo scopo protettivo voluto, anteponendo, ancora una volta, l'esigenza di celerità, espressione dell'interesse dello Stato, a quella di garanzia dell'individuo.

6. (segue) le incongruenze e contraddizioni, sincroniche e diacroniche, nella motivazione della Corte

Abbandonando gli elementi di contesto per tornare sul terreno della coerenza e della persuasività della motivazione, si può osservare come essa di fatto riconfiguri i principi relativi alla determinazione dell'applicabilità dell'articolo 5, contraddicendo diversi assunti

43. V, ad esempio, con riferimento alle condizioni accoglienza o trattenimento, *Khlaifia*, cit., par. 185, Corte EDU, *J.R. et al. c. Grecia*, ric. n. 22696/16, sent. 25.1.2018, par. 43-62, e *Kaak e al. c. Grecia*, ric. n. 34215/16, sent. 3.10.2019, par. 48, e le considerazioni ampie di De Vittor, *op. cit.*, p. 106 ss.

consolidati nella giurisprudenza, applicandoli in modo aprioristicamente orientato alla protezione della sovranità statale.

Il primo significativo arretramento si realizza con la valorizzazione, ai fini della qualificazione giuridica della misura restrittiva, della circostanza che i ricorrenti abbiano varcato il confine di propria iniziativa («of their own initiative») (par. 220). Ciò che conta, per la Corte, non è tanto la *volontarietà* della condotta, ma l'*estraneità* ad essa delle autorità dello Stato interessato⁴⁴. Pur lasciando da parte il tema della rilevanza, sotto un profilo di logica pura, delle circostanze *iniziali* dell'ingresso in un luogo per determinare se la *successiva* permanenza in esso costituisca o meno privazione della libertà⁴⁵, ci si può limitare ad osservare che la giurisprudenza della Corte aveva sistematicamente considerato ininfluyente tale circostanza, essendo l'inviolabilità della libertà personale un diritto troppo importante per considerare che il semplice fatto di consegnarsi volontariamente possa privare l'individuo delle garanzie ad esso connesse⁴⁶. Ciò che, secondo la Corte, distinguerebbe interamente («entirely») il caso di specie dai precedenti è che qui non vi era alcuna rilevante connessione tra lo Stato convenuto e i ricorrenti anteriore alla condotta “volontaria” di questi ultimi (par. 221). Non sfuggirà che questo criterio di distinzione fattuale – fortemente penalizzante nella valutazione della qualificazione giuridica della condizione del ricorrente e delle relative garanzie – finisca per applicarsi pressoché esclusivamente a stranieri che varchino la frontiera in ingresso. Nei precedenti citati, peraltro, la Corte aveva relativizzato il concetto di volontarietà della consegna alle autorità in assenza di una coercizione fisica, attribuendo rilievo alla condizione, di necessità o anche di semplice vulnerabilità materiale o psicologica, in cui versava il soggetto interessato⁴⁷. Considerazioni che sono invece del tutto omesse nel caso di specie, ove la Corte, adottando ancora una volta uno standard più stringente, deduce che i ricorrenti hanno varcato il confine di spontanea volontà («of their own free will») dall'assenza di un pericolo *diretto* e *imminente* per la loro salute o vita in Serbia (par. 223). I giudici dissenzienti criticando duramente la linea argomentativa della maggioranza, sottolineano che per un richiedente asilo l'attraversamento del confine è una questione di *necessità*, non di *scelta*⁴⁸.

44. *Z.A.*, cit., parr. 140-142.

45. *Zirulia*, *op. cit.*, punto 4.

46. Si trattava di casi di persone senza fissa dimora (Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, ric. 2832/66, 2835/66 e 2899/66, sent. 18.6.1971), di sospettati che si erano spontaneamente presentati in qualità di testimoni per un interrogatorio di polizia (*I.I. c. Bulgaria*, ric. 44082/98, sent. 9.6.2005, parr. 84-87, *Osypenko c. Ucraina*, ric. 4634/04, sentenza del 9.11.2010, parr. 48-49, e; *Venskutė c. Lituania*, ric. 10645/08, sent. 11.12.2012, par. 72), o di detenuti che avevano chiesto di essere assegnati agli arresti domiciliari e non avevano contestato tale misura (*Buzadji v. Moldova* (Grande Camera), ric. 23755/07, sent. 5.7.2016, parr. 106-10).

47. *De Wilde, Ooms and Versyp*, cit., par. 65, e *Buzadji*, cit., par. 108.

48. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., opinione dissenziente Bianku e Vučinić, p. 75.

I giudici Bianku e Vučinić criticano la maggioranza anche per la rilevanza attribuita alla qualificazione giuridica della restrizione secondo il diritto interno e alla finalità della restrizione, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 5. Il primo aspetto costituisce un evidente *revirement* rispetto all'ormai consolidata giurisprudenza con la quale la Corte aveva costantemente affermato l'assoluta autonomia della nozione di detenzione ai sensi dell'articolo 5 della CEDU rispetto al diritto nazionale⁴⁹. Quanto al secondo, «[it] turns the clock back many years»⁵⁰ nella prassi interpretativa della Corte, ove si trova sovente ripetuto che «[t]he purpose of measures (...) no longer appears decisive for the assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty»⁵¹, essendo invece tale considerazione rilevante allo stadio, logicamente successivo, dell'analisi giuridica circa l'arbitrarietà della misura stessa. Nella sentenza *Ilias e Ahmed*, invece, la valutazione della finalità è centrale nell'analisi sull'applicabilità dell'articolo 5: la presenza di garanzie procedurali (peraltro attinenti alla domanda di protezione, non alla legalità della restrizione o alle condizioni di permanenza)⁵² e le considerazioni relative alla durata della restrizione hanno la funzione di fornire un indicatore della genuinità della correlazione tra trattenimento e procedimento per la determinazione dello *status*, quale modalità di attuazione del diritto sovrano di controllo delle frontiere, con la conseguenza che solo in presenza di indici di arbitrarietà si potrebbe giungere alla conclusione che si tratta, effettivamente, di una privazione della libertà.

Ancor meno convincente e coerente, sia con la giurisprudenza consolidata, sia con le conclusioni precedentemente raggiunte circa la violazione (procedurale) del divieto di *refoulement*⁵³, è l'analisi della questione se i ricorrenti avessero la possibilità di lasciare la zona di transito attraversando il confine verso la Serbia. La Corte appiattisce la propria valutazione sulla dimensione fattuale e materiale di tale possibilità⁵⁴. Ancora una volta, una proposizione discutibile sotto il profilo della pura logica⁵⁵, diventa un parametro prevalente su tutti gli altri, inclusa sulla riconosciuta assimilabilità oggettiva della zona di transito a una struttura detentiva a custodia attenuata. Irrilevante diviene anche la circostanza che

49. V., nella medesima materia, *Khlaifia*, cit., par. 50.

50. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., opinione dissenziente Bianku e Vučinić, p. 77.

51. Corte EDU, *Rozhkov c. Russia* (no. 2), ric. 38898/04, sent. 31.1.2017, par. 74.

52. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., opinione dissenziente Bianku e Vučinić, p. 78.

53. Come costantemente sottolineato dai commenti alla sentenza, v. in particolare Stoyanova, *The Grand Chamber*, cit., e Gatta, *op. cit.* (parte II).

54. Sui limiti intrinseci sotto il profilo teorico dell'equazione tra possibilità fisica di sottrarsi a un confinamento e assenza di privazione della libertà si vedano le brevi considerazioni di Zirulia, *op. cit.*, punto 5, con riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione circa l'elemento oggettivo integrante la fattispecie di reato di sequestro di persona.

55. Come è stato osservato, affermare che la possibilità materiale di lasciare la zona di transito verso la Serbia esclude la natura privativa della libertà della misura, «is no better argument than claiming that prisoners who de facto can escape the jail are in fact not detained», v. B. Nagy, *A – pyrrhic? – victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <https://eumigrationlawblog.eu/>, 15.6.2020.

l'attraversamento della frontiera non poteva che realizzarsi in modo irregolare, comportamento che la Corte aveva stigmatizzato, tanto come espressione della condotta del migrante, quanto come fattore che aveva esacerbato i rischi per i ricorrenti. Inoltre, il criterio individuato dalla Corte indica una nuova nozione di libertà nella scelta di una condotta che oblitera la rilevanza delle conseguenze della stessa, sia sul piano fattuale (il rischio di *refoulement* indiretto), sia sul piano giuridico (la rinuncia definitiva alla possibilità di ottenere protezione internazionale in Ungheria e la soggezione a sanzioni anche penali in Serbia).

Ancora una volta, la Corte contraddice quanto affermato, sulla base del principio di interpretazione effettiva, nella sentenza sul caso *Amuur* e ribadito (con una magistrale pagina di diritto, ormai cancellata) nella sentenza di camera: il richiedente asilo non è sottratto da una condizione di coercizione per il solo fatto di avere la possibilità di lasciare il Paese in cui ha cercato rifugio, senza che vi sia un altro Paese preparato a (ri)ammetterlo e a garantirgli, in pratica, un livello di protezione equivalente⁵⁶. Nel caso dei ricorrenti, inoltre, «[t]o hold otherwise would void the protection afforded by Article 5 of the Convention by compelling the applicants to choose between liberty and the pursuit of a procedure ultimately aimed to shelter them from the risk of exposure to treatment in breach of Article 3 of the Convention»⁵⁷.

Il ragionamento dogmatico e tendenzialmente tautologico con il quale la Grande Camera cerca di giustificare la conclusione di segno contrario non è persuasivo. Il tentativo di distinguere la situazione dei migranti da quella dei trattenuti in aeroporto o su un'isola, sulla base della circostanza che questi dovrebbero servirsi di un mezzo di trasporto (aereo o nave) risulta "artificioso"⁵⁸.

Poco convincente è il tentativo di giustificare l'incongruenza tra la condanna per violazione (procedurale) dell'articolo 3 e la conclusione della natura realistica della possibilità di rientrare in Serbia con la necessità di tenere separati i due profili nel momento interpretativo. Tuttavia, la regola generale di interpretazione dei trattati, cui la Corte costantemente afferma di ispirarsi⁵⁹, non impedisce affatto di ricorrere agli obblighi derivanti dall'articolo 3 per interpretare l'articolo 5. Al contrario richiede che la Convenzione sia «read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions»⁶⁰, non ostando dunque a che una scelta implicante il rischio di subire un *refoulement* – oggetto di una protezione di carattere

56. *Amuur*, cit., par. 48 e, concordemente, *Ilias e Ahmed* (camera), cit., par. 56.

57. *Ivi*, par. 57.

58. V. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), op. diss. Bianku e Vučinić, p. 76.

59. Di recente, *ex multis*, Corte EDU (Grande Camera), *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, sent. 8.11.2016, par. 118 ss.

60. *Ivi*, par. 120.

assoluto – sia considerata impraticabile al fine di determinare se un individuo abbia effettivamente e realisticamente la possibilità di sottrarsi da una situazione di confinamento optando per essa.

Infine, non si capisce in qual modo l'esposizione a un rischio diretto per la vita e la salute (unica circostanza che secondo la Corte renderebbe meramente teorica la possibilità di rientrare in Serbia) sia idoneo a condizionare la libera determinazione dell'individuo in modo sostanzialmente diverso dal rischio di *refoulement* che è ontologicamente un fondato rischio di un danno grave, ancorché non immediato⁶¹, e che è tutt'altro che escluso dalla circostanza che la Serbia sia parte alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e membro del Consiglio d'Europa. Inoltre, come rilevato dai giudici dissenzienti, la conclusione che i ricorrenti non versassero in questa condizione ha carattere speculativo e non è fondata su un'analisi approfondita della situazione. Che ad essa si giunga, peraltro senza richiedere che la sussistenza del rischio rilevante sia stata oggetto di verifica a livello nazionale, trasforma la Corte in un giudice del fatto in prima istanza, in contrasto con il principio di sussidiarietà⁶².

L'intrinseca debolezza dell'argomentazione della Corte e della conclusione alla quale perviene è infine testimoniata dalla decisione di senso contrario della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa *FMS, FNZ e SA, SA junior*⁶³, vertente sulla medesima questione giuridica e su circostanze di fatto che, eccezion fatta per l'identità delle persone coinvolte, sono le stesse sulle quali si è pronunciata la Corte EDU. La Corte di giustizia, definito il trattenimento «una misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto» (par. 223), osserva che «il collocamento dei ricorrenti nei procedimenti principali nella zona di transito di Röszke non si distingue da un regime di trattenimento» (par. 227) e che la circostanza che essi fossero lasciati liberi di rientrare in Serbia non può mutare tale conclusione, in quanto tale possibilità non risulta né effettiva, né realistica⁶⁴, alla luce delle conseguenze che ciò avrebbe comportato in Serbia, con l'assoggettamento a sanzioni penali, e in Ungheria, con la rinuncia alla domanda d'asilo (parr. 229-230). È appena il caso di notare che, come già per la

61. Per una critica ad una più generalizzata tendenza, anche nella giurisprudenza della Corte, a introdurre un elemento di imminenza del danno nelle valutazioni in materia di asilo, v. A. Anderson *et al*, *Imminence in Refugee and Human Rights Law: A Misplaced Notion for International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 211 ss.

62. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., op. diss. Bianku e Vučinić, p. 75.

63. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 14.5.2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:367. Per un commento più articolato alla sentenza, v. la nota di E. Colombo in questo numero.

64. Sul punto si vedano anche le riflessioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 23.4.2020, parr. 165-169.

sentenza di Camera nel caso *Iliad e Ahmed*, il Governo ungherese ha reagito alla sentenza con una ulteriore controriforma del sistema di asilo⁶⁵.

La conclusione cui giunge la Corte EDU ha una portata ampia e afferma un principio secondo il quale l'articolo 5 non è applicabile alle persone migranti, anche richiedenti asilo, trattenute per un periodo congruo per l'esame della loro posizione giuridica in un'area posta alla frontiera terrestre tra due Stati parti alla Convenzione di Ginevra del 1951, in virtù del fatto che esse possano materialmente, ancorché irregolarmente, attraversare il confine dal quale hanno fatto ingresso, anche a costo della rinuncia alla propria domanda di protezione e salvo ciò li esponga a un rischio diretto e immediato per la loro salute o vita.

Nel formulare questo principio, la Corte opera una rottura con la propria giurisprudenza consolidata, aprendo nel contempo un fronte di conflitto interpretativo con la Corte di giustizia. Poiché il trattenimento dei migranti in frontiera è già ampiamente consentito dall'articolo 5 della CEDU nella sua interpretazione tradizionale, l'effetto della sentenza è di legittimare che ciò avvenga con la dominazione di una prospettiva "efficientista" del controllo delle migrazioni, al di fuori di un quadro giuridico di garanzie minime di legalità (anche rispetto al diritto dell'Unione europea) e di controllo giurisdizionale e, quindi, ai margini della *rule of law*⁶⁶.

65. V. Nagy, *Restricting access*, cit.

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

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

TRATTENIMENTO NELLE ZONE DI TRANSITO E INAMMISSIBILITÀ DELLE DOMANDE DI ASILO. LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE PROCEDURE DI FRONTIERA

di Erika Colombo

***Abstract:** Il 14 maggio 2020, la Corte di giustizia si è pronunciata in merito al rinvio pregiudiziale sollevato da un giudice ungherese, relativo alle vicende di due coppie di richiedenti asilo, sottoposti a trattenimento presso la zona di transito di Röszke, situata al confine tra Serbia ed Ungheria. Il giudice europeo si è occupato di indagare numerose questioni, tra cui la natura del ricorso nell'ambito delle procedure di rimpatrio, il concetto di «Paese terzo sicuro», gli obblighi di riesame delle domande di asilo rigettate sulla base di motivi illegittimi e la definizione della nozione di «trattenimento». Nel commento, viene messa in luce l'attenzione posta dalla Corte su concetti-chiave quali il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il principio di non-refoulement, valorizzato sia nella valutazione effettuata ai fini del rimpatrio, sia con riferimento al concetto di sicurezza insito nella nozione di «Paese terzo sicuro». Inoltre, viene posto l'accento sulla peculiare lettura fornita al diritto alla libertà personale, che ha condotto i giudici di Lussemburgo – diversamente da quanto deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Ilias e Ahmed c. Ungheria, di poco precedente – a giudicare sussistente, in ipotesi di confinamento di cittadini stranieri nelle zone di transito, una forma illegittima di trattenimento.*

***Abstract:** On May 14, 2020, the Court of Justice ruled the preliminary ruling raised by a Hungarian judge, in relation to the case of two couples of asylum seekers who were detained in the Röszke transit zone, located on the Serbian-Hungarian border. The CJUE addressed many issues such as the nature of the appeal that must be ensured in the context of return procedures, the concept of «safe third country», the obligations to review asylum applications rejected on the basis of illegitimate grounds and the definition of the concept of «detention». This insight analyses the Court's focus on key concepts such as the principle of effective remedy and the principle of non-refoulement, emphasized both in context of return procedures and by reference to the concept of security inherent in the notion of «safe third country». In addition, particular attention is placed on the interpretation given by the judges to the right to personal freedom, which led the CJEU to qualify the confinement of third-country nationals in transit zones as an illegal form of detention, unlike the decision of the European Court of Human Rights, in the case of Ilias and Ahmed v. Hungary.*

TRATTENIMENTO NELLE ZONE DI TRANSITO E INAMMISSIBILITÀ DELLE DOMANDE DI ASILO. LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE PROCEDURE DI FRONTIERA

di Erika Colombo*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I fatti di causa. — 3. Le questioni pregiudiziali al vaglio della Corte. — 3.1. Il ricorso effettivo avverso le decisioni di rimpatrio. — 3.2. Il concetto di «Paese terzo di transito sicuro». — 3.3. Gli obblighi di riesame delle domande ritenute illegittimamente irricevibili. — 3.4. Il concetto di trattenimento. — 3.5. La legittimità del trattenimento. — 4. Note conclusive.

1. Premessa

Il 14 maggio 2020, la Grande Sezione della Corte di giustizia si è pronunciata in merito alle numerose questioni pregiudiziali sollevate nell'ambito delle cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU¹, esaminando molteplici aspetti della disciplina delle procedure di riconoscimento del diritto d'asilo (direttiva 2013/32/UE), delle procedure di rimpatrio (direttiva 2008/115/CE) e delle modalità di accoglienza dei cittadini di Paesi terzi (direttiva 2013/33/UE). La sentenza in commento ha rappresentato l'occasione per affrontare tematiche centrali della normativa europea sull'asilo² – quali, tra le altre, la natura del ricorso nell'ambito delle procedure di rimpatrio, la disciplina correlata al concetto di «Paese terzo sicuro», gli obblighi di riesame delle domande di asilo rigettate sulla base di motivi

* Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo, presso l'Università degli studi di Milano, Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale.

1. Corte di giust., 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:367. Il peculiare rilievo delle cause ha persuaso la Corte di giustizia ad affidare la decisione della controversia alla Grande Sezione. Inoltre, in considerazione della condizione di privazione di libertà in cui si trovavano i ricorrenti (cfr. Corte di giust., 19 luglio 2012, causa C-278/12 PPU, *Adil*, EU:C:2012:508, § 34-35; Corte di giust., 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *N.*, EU:C:2016:84, § 40-41; Corte di giust., 5 luglio 2018, causa C-269/18 PPU, *C e.a.*, EU:C:2018:544, § 35 e 37), della correlazione esistente tra la decisione sul rinvio pregiudiziale rispetto al mantenimento in detenzione di questi ultimi, nonché del rischio che un ritardo nell'adozione della sentenza vanificasse l'effetto utile della stessa, la sentenza è stata adottata con procedura d'urgenza.

2. Per un'analisi delle politiche di immigrazione e asilo nel contesto europeo, si vedano: E. Benedetti, *Il diritto d'asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, Cedam, 2010; P. De Pasquale, F. Ferraro, A. Adinolfi, *La politica dell'immigrazione dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 11 ss.; S. Amadeo (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015; K. Hailbronner, D. Thym (Eds.), *EU Immigration and asylum Law, A Commentary*, 2nd ed., Monaco, 2016; A. Circolo, *La politica dell'Unione in tema di immigrazione. Recenti sviluppi e prospettive future*, Napoli, 2018; G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020.

illegittimi, il concetto di «trattenimento» e le condizioni che rendono legittima la sua predisposizione – facendo emergere linee interpretative estremamente significative nell’ottica di un’applicazione armonizzata e coerente delle direttive in materia da parte di tutti gli Stati membri.

Tra i diversi profili d’interesse, la vicenda ha peraltro assunto un particolare valore giuridico alla luce della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*³, di poco precedente, con la quale i giudici di Strasburgo si erano occupati di valutare l’inquadramento giuridico del trattenimento di un richiedente asilo presso una zona di transito in pendenza dell’esame della domanda di protezione internazionale, concludendo per la non violazione dell’articolo 5 CEDU. Come si vedrà in seguito, la Corte di giustizia, con una netta presa di posizione in senso maggiormente garantista rispetto alla Corte EDU, ha interpretato in maniera autonoma il diritto alla libertà personale, contemplato dall’articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali, e ha giudicato sussistente, in casi di confinamento di cittadini stranieri nella medesima zona di transito, una forma illegittima di trattenimento.

2. I fatti di causa

Il rinvio pregiudiziale che ha dato origine alla pronuncia è stato sollevato dal Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged, in Ungheria, con riferimento alle vicende di due coppie di richiedenti asilo — due coniugi afgani (*FNZ* e *FMS*) e madre e figlio (minore) di nazionalità irachena (*SA* e *SA junior*) —, sottoposti a trattenimento presso la zona di transito di Röszke⁴, nel settore riservato ai richiedenti asilo. Si tratta di uno spazio di

3. Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, ric. 47287/15, *Ilias and Ahmed c. Ungheria*. Il ricorso aveva ad oggetto il caso di due cittadini del Bangladesh, i quali avevano trascorso 23 giorni nella zona di transito di Röszke, prima di essere espulsi verso la Serbia, a causa del rigetto per inammissibilità della loro domanda di asilo e della successiva impugnazione. Per un primo commento, si veda: V. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 December 2019; F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, ADiM Blog, dicembre 2019; S. Penasa, *Le politiche migratorie “al confine”: la Corte EDU tra nozione di “paese terzo sicuro” e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, pp. 388-393.

4. Le condizioni esistenti all’interno della zona di transito serbo-ungherese avevano destato alcune preoccupazioni. Nel 2017, l’Alto Commissario per i rifugiati, Filippo Grandi, a seguito di una visita a Röszke, aveva chiesto all’Ungheria di migliorare le condizioni d’accesso alla procedura di asilo e di chiudere le cosiddette “zone di transito” al confine, definite, a tutti gli effetti, Centri di detenzione (cfr: <https://www.unhcr.it/news/comunicati-stampa/newscomunicati-stampalalto-commissario-ungheria-chiede-ampliare-laccesso-alla-procedura-dasiloterminare-la-detenzione-maggiore-solidarieta-rifugiati-html.html>). Inoltre, dal rapporto redatto dal Commissario per i diritti dei rifugiati del Consiglio d’Europa, Dunja Mijatović, in seguito alla sua visita in Ungheria dal 4 all’8 febbraio 2019, erano emerse criticità in merito all’utilizzo sistematico ed arbitrario del trattenimento presso le zone di transito, qualificato come “trattamento disumano”, alla luce delle condizioni materiali esistenti nelle aree di confinamento (cfr: <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-hungary-from-4-to-8-february-2019-by-dunja-mija/1680942f0d>). La Corte EDU, quindi, ha adottato un procedimento *ad interim ex*

confinamento situato alla frontiera serbo-ungherese, all'interno del quale vengono fatti soggiornare sia i richiedenti asilo, in attesa di una decisione sulla domanda di protezione internazionale, sia gli stranieri irregolari, nelle more dell'esecuzione del provvedimento di rimpatrio emesso nei loro confronti.

Le istanze di asilo promosse dai ricorrenti, esaminate nella zona di transito⁵, erano state ritenute irricevibili, sia in primo grado che in appello, in applicazione di una legge ungherese in materia di asilo, entrata in vigore il 1° luglio 2018⁶, che prevede, quale specifico motivo di inammissibilità della domanda di protezione, l'essere il richiedente entrato in Ungheria passando attraverso il territorio di un Paese nel quale non vi è rischio di persecuzione o di danno grave e nel quale sarebbe comunque possibile ottenere un livello di protezione adeguato (cd. «Paese di transito sicuro»).

A seguito di tale decisione, la competente autorità di polizia per l'immigrazione e l'asilo ungherese aveva prolungato il trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito — nel settore riservato agli stranieri —, in attesa dell'esecuzione dell'ordine di allontanamento verso la Repubblica di Serbia, emesso nei loro confronti. Infatti, la legge ungherese sull'ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, in caso di crisi provocata da un'immigrazione di massa, ammette la possibilità di designare un luogo di soggiorno obbligatorio in una zona di transito, non considerata un luogo di trattenimento o detenzione.

Tuttavia, l'ammissione dei ricorrenti in Serbia si era rivelata inattuabile, atteso che le autorità serbe avevano rifiutato il consenso all'ingresso dei ricorrenti nel proprio territorio⁷ — non trovando applicazione le norme dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia sulla riammissione di persone il cui soggiorno è irregolare —, e senza che ciò, peraltro, costituisse motivo di riesame, da parte delle autorità ungheresi, delle domande di asilo dei soggetti coinvolti.

Nel contempo, la posizione dei ricorrenti era stata nuovamente esaminata dalle competenti autorità, le quali avevano modificato la propria decisione concernente l'ordine di allontanamento, individuando i Paesi d'origine — Afghanistan e Iraq —, anziché la Serbia,

art. 39 CEDU, in relazione a casi di privazione di cibo nei confronti delle famiglie residenti in suddette aree (cfr. Hungarian Helsinki Committee, *Hungary continues to starve detainees in the transit zones*, 23 aprile 2019, <https://www.helsinki.hu/en/hungary-continues-to-starve-detainees-in-the-transit-zones/>).

5. Articolo 43 direttiva 2013/32/UE. Per quanto concerne le prassi degli Stati membri con riferimento all'applicazione delle procedure di frontiera, si veda: ECRE, *Border procedures: not a panacea, ECRE's assessment of proposals for increasing or mandatory use of border procedures*, Policy Note n. 21, 2019 (cfr. <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2019/07/Policy-Note-21.pdf>).

6. Per una panoramica della normativa ungherese in materia di asilo, si veda il report redatto da AIDA (*Asylum Information Database*) ed ECRE (*European Council on Refugees and Exiles*), aggiornato a marzo 2020, reperibile al seguente link: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/hungary>.

7. Articolo 2 Decisione 2007/819/CE, relativa alla conclusione dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia.

quale Paese di destinazione dell'espulsione. Contro questa decisione era stato proposto ricorso, tuttavia rigettato dalla competente autorità.

Dunque, i quattro ricorrenti avevano investito il Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged di ricorsi intesi ad ottenere l'annullamento delle decisioni di rimpatrio, in quanto illegittime, e ad obbligare l'autorità competente in materia di asilo a instaurare una nuova procedura. Inoltre, avevano sollevato ricorsi giurisdizionali amministrativi per carenza nei confronti dell'autorità di polizia degli stranieri, volti a far accertare che tale autorità fosse venuta meno ai suoi obblighi, non avendo assegnato ai ricorrenti un luogo di collocamento ubicato al di fuori della zona di transito di Röszke.

Il giudice nazionale, riscontrando possibili profili di incompatibilità con la normativa europea delle disposizioni nazionali venute in considerazione nel caso di specie, aveva deciso di sospendere il procedimento e di esperire un rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia.

3. Le questioni pregiudiziali al vaglio della Corte

In considerazione dell'elevato numero dei quesiti sollevati dal giudice *a quo*, la Corte di giustizia ha raggruppato le domande pregiudiziali in cinque macro-questioni giuridiche.

3.1. Il ricorso effettivo avverso le decisioni di rimpatrio

L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte ha preso le mosse dall'analisi della quinta questione sollevata dal giudice ungherese, riguardante l'effettività del ricorso avverso le decisioni di rimpatrio⁸.

In sostanza, la Corte era stata chiamata a verificare se la normativa ungherese che imponeva limitazioni alla possibilità di presentare ricorso giurisdizionale avverso una decisione modificativa della destinazione di rimpatrio, fosse compatibile con l'articolo 13, par. 1 della direttiva 2008/115/UE, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti

8. Sulla dir. 2008/115/CE v. C. Flamand, *La Directive Retour et la protection des droits fondamentaux*, in *Rev. Droit. Étr.*, 2008, p. 177; A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *Eur. Jour. Migr. Law*, 2009, p. 1; F. Martucci, *La directive retour: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, in *Rev. Trum. Droit Eur.*, 2009, p. 47; C. Santulli, K. Parrot, *La directive retour, l'Union Européenne contre les étrangers*, in *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, 2009, p. 205; M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in questa *Rivista*, n. 1.2010, p. 17; F. Spitaleri, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in questa *Rivista*, 1.2013, p. 15; F. Spitaleri, *Il rimpatrio dell'immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione Europea*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo, F. Spitaleri, cit., p. 291.

fondamentali dell'Unione europea⁹; e, in secondo luogo, a interpretare l'esatto contenuto dello stesso articolo 13, che attribuisce al cittadino di un Paese terzo «mezzi di ricorso effettivo avverso le decisioni connesse al rimpatrio di cui all'articolo 12, paragrafo 1, o per chiederne la revisione dinanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente o a un organo competente composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza»¹⁰.

In effetti, la decisione delle autorità ungheresi di modificare il Paese di destinazione, a seguito dell'espulsione dei ricorrenti, aveva destato alcune perplessità in merito alla necessità di assicurare un'effettiva tutela dei cittadini stranieri destinatari di decisioni di rimpatrio, con riferimento a questioni sostanziali, quali il rispetto dei diritti fondamentali e, in particolar modo, del principio di non respingimento.

Da un lato, infatti, siffatto provvedimento era stato adottato senza che venisse effettuata alcuna verifica circa la situazione esistente nei rispettivi Paesi di origine dei ricorrenti, quando, invece, un esame del rischio di *refoulement* rapportato alla situazione in atto in Afghanistan e in Iraq avrebbe potuto differire sensibilmente rispetto alla medesima valutazione con riferimento alla Serbia, considerato – quanto meno sulla carta – un «Paese sicuro». E, dall'altro, la legge ungherese¹¹, qualificando il provvedimento di modifica della destinazione come un atto meramente esecutivo, limitava le correlate facoltà di impugnazione, ammettendone contestazione soltanto attraverso lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi, che non consente al giudice ungherese di rivedere nel merito la decisione.

Orbene, nell'affrontare la questione, i giudici di Lussemburgo hanno verificato, per prima cosa, se la decisione con cui le autorità ungheresi avevano modificato il Paese di destinazione a seguito dell'espulsione dei cittadini stranieri potesse essere considerata una «decisione di rimpatrio» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4 della direttiva rimpatri, così da poter esigere l'applicazione della garanzia di cui all'articolo 13.

Partendo dall'interpretazione letterale dell'art. 3, la Corte ha individuato i due elementi qualificanti una decisione di rimpatrio, nella sussistenza di un ordine di ritorno e

9. La Corte di giustizia, nel caso *Abdida*, in tema di effetto sospensivo del ricorso avverso il rimpatrio promosso da un richiedente asilo con condizioni di salute compromesse (sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453) aveva espressamente affermato che le caratteristiche del ricorso previsto dall'art. 13 dir. 2008/115 «devono essere determinate conformemente all'articolo 47 della Carta, che costituisce una riaffermazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva (...), e ai sensi del quale ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in tale articolo» (§ 45).

10. L'articolo 12, paragrafo 1 richiamato dalla norma riportata precisa la forma che debba rivestire la decisione di rimpatrio, imponendo l'utilizzo della forma scritta, l'indicazione delle motivazioni in fatto e in diritto (corredate di traduzione, qualora richiesta), nonché delle informazioni sui mezzi di ricorso disponibili.

11. Articolo 65, par. 3 e 4 Legge ungherese sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi.

nell'individuazione di un Paese di destinazione¹². Da ciò, ha potuto desumere che una modifica della destinazione dell'ordine di rimpatrio – incidente su una parte sostanziale della relativa decisione –, non potesse che costituire una nuova decisione di rimpatrio ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4 della direttiva 2008/115.

Inoltre, prendendo in esame il contesto in cui è collocata la norma, nonché la *ratio* sottesa alla direttiva di riferimento, i giudici hanno constatato come l'esigenza perseguita dal legislatore europeo coincida con la messa in atto di una politica efficace di allontanamento e rimpatrio, nel pieno rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali, primo tra tutti, il principio di *non refoulement*¹³, richiamato espressamente dall'articolo 5 della direttiva 2008/115¹⁴. Dunque, se il rispetto di un siffatto principio è indagato con riferimento al Paese verso il quale si intende ordinare il rimpatrio della persona interessata, ne consegue che, prima che possa essere effettuata una modifica del Paese di destinazione, l'autorità nazionale competente dovrà procedere ad una nuova e distinta valutazione del rispetto del principio di non respingimento. E lo stesso varrà per il rispetto di tutte le norme procedurali previste dalla direttiva 2008/115¹⁵ e che disciplinano l'adozione di una decisione di rimpatrio.

Pertanto, trattandosi di decisioni analoghe, ma autonome, la garanzia di un «ricorso effettivo», previsto dall'articolo 13 della direttiva 2008/115 con riferimento alla decisione di rimpatrio, dovrà essere riconosciuto anche con riferimento al provvedimento che modifica la destinazione del rimpatrio stesso.

Quindi, passando a valutare l'esatta natura di suddetto ricorso, la Corte ha sottolineato che, per quanto l'articolo 13 della direttiva ammetta che esso, per essere considerato effettivo¹⁶, possa essere esperito anche nei confronti di un'autorità amministrativa, una simile facoltà deve comunque essere ricompresa nel perimetro dell'articolo 47 della Carta di

12. La definizione della nozione di «decisione di rimpatrio» si rinviene in Corte di giust., 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465, nel senso di «una decisione o di un atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di Paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio» (§ 36).

13. Per la qualificazione del divieto di non respingimento come un diritto fondamentale della persona, cfr. A. Lang, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo, F. Spitaleri, cit., p. 215.

14. Sentenza in commento, § 121-122.

15. Sul tema delle garanzie procedurali e dei mezzi di ricorso che devono essere riconosciuti agli stranieri in condizione di soggiorno irregolare, in attesa di rimpatrio, si veda: S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 137 ss.

16. L'AG Pikamäe, nelle proprie conclusioni, ha richiamato i «Venti orientamenti sul rimpatrio forzato» del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, citati nel considerando 3 della direttiva 2008/115. L'orientamento 5, *Ricorso avverso una decisione di allontanamento*, stabilisce, al suo paragrafo 1, che «[n]ella decisione di allontanamento o in occasione del procedimento che sfocia nella decisione di allontanamento, la possibilità di un ricorso effettivo dinanzi ad un'autorità competente o a un organo competente composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza deve essere offerta alla persona interessata».

Nizza, che enuncia il diritto di ciascun individuo «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge».

Secondo la giurisprudenza della Corte, tale disposizione corrisponde a «un principio generale del diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è inoltre sancito agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»¹⁷, che non necessita di alcuna norma di trasposizione ed è direttamente attivabile all'interno degli ordinamenti nazionali¹⁸. Secondo la giurisprudenza formatasi sul punto¹⁹, i caratteri di indipendenza ed imparzialità richiesti all'autorità decidente ai fini dell'effettività del ricorso, quali applicazioni dello stato di diritto²⁰, presuppongono che un provvedimento adottato da un'autorità amministrativa, che, di per sé, non soddisfi tali requisiti, debba essere sottoposta a un successivo controllo da parte di un organo giurisdizionale. Quindi, gli Stati membri, al fine di assicurare una tutela effettiva, devono necessariamente garantire, almeno in un dato stadio del procedimento decisorio, la possibilità di avviare una causa innanzi ad un organo di natura giurisdizionale²¹.

Considerando che, in Ungheria, le decisioni di rimpatrio possono essere contestate esclusivamente innanzi ad un organo di natura amministrativa, direttamente incardinato nel potere esecutivo, la Corte ha ritenuto che, in ragione del principio di separazione tra poteri dello Stato, debba escludersi il carattere d'imparzialità richiesta dall'articolo 47 della Carta in campo all'organo nazionale competente. Così, in ossequio al primato del diritto dell'Unione e al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, è stata riconosciuto al giudice

17. In questi termini, si veda: Corte di giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, § 35 e giurisprudenza ivi citata.

18. La diretta efficacia dell'art. 47 della Carta negli ordinamenti nazionali è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia nel caso *Egenberger*, sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257. La Corte, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sul bilanciamento tra la tutela del diritto delle organizzazioni religiose dell'Unione europea all'autonomia e all'autodeterminazione, sancito dall'art. 17 TFUE, e la necessità di un'effettiva applicazione del divieto di discriminazione per motivi religiosi, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 e 47 della Carta, anche nell'ambito di rapporti lavorativi tra privati, ha riconosciuto come l'art. 47 della Carta, «relativo al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale» (§ 78). In generale sulla possibilità che una norma della Carta possa produrre effetti diretti, nonché sulle modalità di dispiegamento di tali effetti, si veda: L.S. Rossi, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in *EU Law Analysis*, 25 febbraio 2019.

19. Cfr.: Corte di giust., causa C-403/16, 13 dicembre 2017, *El Hassani*, EU:C:2017:960, § 39.

20. Un importante contributo nella definizione del concetto di Stato di diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'UE è stato offerto dalla Corte di giustizia nel caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit. In generale, sul concetto di Stato di diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'UE si vedano gli studi di D. Kochenov, *The EU Rule of Law: Cutting Paths through Confusion*, in *Erasmus Law Review*, 2009, p. 7 ss.; L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper* 04/2009.

21. Sentenza in commento, § 142-145.

a quo la competenza a conoscere del ricorso avverso il provvedimento che ha modificato la destinazione del rimpatrio dei ricorrenti.

In questo modo, la Corte ha dato spazio all'applicazione diretta dell'articolo 47 della Carta nell'ambito del diritto d'asilo, ribadendo, da un lato, la natura dell'organo cui debba essere affidato il controllo sui provvedimenti adottati e, dall'altro, l'esatto contenuto di questo controllo, non solo di legalità, ma anche ricomprendente un attento esame del rischio di *refoulement*. Essa ha altresì rimarcato l'esistenza di una stretta correlazione tra il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto a un giudice indipendente e imparziale, giungendo a sostenere come tali elementi di carattere sostanziale integrino, tanto quanto gli elementi di carattere procedurale, l'obbligo di effettività della tutela, tipico dello stato di diritto²².

3.2. Il concetto di «Paese terzo di transito sicuro»

Procedendo nell'esame dei quesiti, la Corte si è confrontata con l'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2013/32/UE, relative ai motivi di irricevibilità della domanda di protezione internazionale, affrontando, nello specifico, il tema molto dibattuto dei cd. «Paesi terzi sicuri».

Con tale espressione, vengono identificati i territori in cui non vi è rischio di essere esposti a persecuzioni o danni gravi, o in cui è comunque garantito un adeguato livello di protezione avverso siffatti trattamenti. Si tratta di una nozione giuridica prevista espressamente dalla direttiva procedure, in forza della quale trova spazio una presunzione relativa di sicurezza rispetto a tutti quegli Stati che presentino specifiche caratteristiche, elencate all'articolo 38, paragrafo 1 della medesima direttiva²³, che comporta un'inversione dell'onere della prova in capo al cittadino straniero quanto alla dimostrazione dell'insicurezza dello Stato terzo di provenienza.

Il carattere controverso dell'istituto deriva dalla sua connotazione quale misura asseritamente volta ad introdurre semplificazioni nella procedura di esame delle domande di

22. In questi termini, con riferimento alla sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., M. Parodi, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, Vol. 3, 2018, No 2, *European Forum, Insight* of 20 July 2018, pp. 985-992.

23. Ai fini della valutazione di sicurezza, devono essere rispettati i seguenti criteri: a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di «*non-refoulement*» conformemente alla Convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e) esiste la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della Convenzione di Ginevra. Si evidenzia che le suddette condizioni risultano essere tassative e cumulative, come ricordato nella sentenza della Corte di giust, 25 luglio 2018, C-585/16, *Alheto*, EU:C:2018:584, § 121.

asilo considerate *ex ante* strumentali e, dunque, quale strumento di deterrenza rispetto a progetti migratori identificati come «abusivi»²⁴. La presunzione di sicurezza, infatti, determina l'applicabilità di norme procedurali volte ad accelerare l'esame delle domande, ovvero ad escluderne una valutazione nel merito, a costo di una riduzione delle garanzie individuali²⁵.

Tra esse, per quanto di interesse, l'articolo 33 della direttiva 2013/32/UE, tra i motivi tassativi di irricevibilità della domanda, ricomprende specificatamente anche la provenienza del richiedente asilo da un Paese terzo sicuro, con la precisazione che l'applicazione di questo concetto «è subordinata alle norme stabilite dal diritto nazionale, comprese: norme che richiedono un legame tra il richiedente e il Paese terzo in questione, secondo le quali sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale paese» (art. 38, al par. 2, lett. a) direttiva procedure).

L'Ungheria, trasponendo tale disposizione, ne ha interpretato il contenuto ritenendo sufficiente, ai fini della valutazione di ragionevolezza contemplata nell'art. 38, par. 2, lett. a), il mero transito del cittadino straniero attraverso un Paese terzo sicuro, configurando, così, il concetto di «*Paese di transito sicuro*» (articolo 51, paragrafo 2, lett. f) della legge ungherese sul diritto d'asilo).

Tuttavia, una simile interpretazione aveva sollevato alcuni dubbi di compatibilità con le disposizioni della direttiva procedure sopra menzionate e aveva condotto il Tribunale amministrativo ungherese ad interpellare il giudice europeo sulla questione, nell'ambito della causa C-564/18²⁶.

In quell'occasione, i giudici di Lussemburgo si erano esplicitamente pronunciati in merito all'entità del legame necessario ai fini dell'applicabilità dell'ipotesi di inammissibilità della domanda, escludendo che il mero transito attraverso un Paese terzo sicuro potesse

24. In questa prospettiva v. K. Hailbronner, *The Concept of «Safe Country» and Expeditious Asylum Procedures: A Western European Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, 1993, pp. 31-65, p. 62; in senso critico: R. Byrne, A. Shacknove, *The Safe Country Notion in European Asylum Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1996, p. 185 ss., p. 198. Sull'origine della nozione e sul suo recepimento normativo a livello europeo, *ex multis*: R. Byrne, A. Shacknove, *op. cit.*; B. Leimsidor, *The Concept of «Safe Third Country» in Asylum Legislation, Regulation, Practice: Political, Humanitarian and Practical Consideration*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, a cura di L. Zagato, Padova, Cedam, 2006; M.T. Gil-Bazo, *The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension: The Safe Third Country Concept Revisited*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 18, n. 3-4, 2006, p. 571 ss.; M. Hunt, *The Safe Country of Origin Concept in European Asylum Law: Past, Present and Future*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, n. 4, 2014; C. Engelmann, *Convergence against the Odds: The Development of Safe Country of Origin Policies in EU Member States (1990-2013)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, p. 277 ss.

25. Dal punto di vista sistemico, come confermato dal considerando 43 della direttiva 2013/32, «[g]li Stati membri dovrebbero esaminare tutte le domande nel merito», il che indica che i casi in cui è possibile derogare al soddisfacimento di tale obbligo devono essere trattati come eccezioni e interpretati restrittivamente.

26. Corte di giust., 19 marzo 2020, causa C-564/18, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, ECLI:EU:C:2020:218, § 45 e ss.

essere considerato un criterio sufficiente da far presumere ragionevole un rientro del richiedente verso detto Paese. In effetti, come evidenziato dall'avvocato generale Michal Bobek nelle proprie conclusioni nella causa C-564/18²⁷, per quanto la norma europea non chiarisca espressamente in cosa debba consistere siffatto legame, il contesto in cui tale concetto viene inserito e i correlati obblighi imposti agli Stati di adottare norme che richiedano l'esistenza di questo legame e di stabilire un metodo per valutare la situazione di un determinato richiedente, fanno presumere l'insufficienza del mero transito ai fini della configurabilità di una connessione rilevante tra il cittadino straniero e il Paese di transito²⁸. Ciò, peraltro, senza tralasciare il requisito della «protezione sufficiente», ovvero del rispetto del principio di *non refoulement*²⁹, quale garanzia che dovrebbe essere assicurata nel Paese terzo ritenuto sicuro, ma il cui correlato accertamento non risulta essere contemplato dalla norma ungherese al fine dell'operatività dell'ipotesi di inammissibilità della domanda.

Venendo al caso di specie, la Corte di giustizia, trovandosi a decidere una fattispecie identica a quella emersa nella vicenda *LH*, si è limitata a richiamare la precedente interpretazione, riaffermando l'incompatibilità tra la normativa nazionale e il diritto europeo, senza tuttavia approfondire oltre la questione. In realtà, le problematiche implicate da un utilizzo distorto della nozione di «Paese terzo sicuro» assumono una rilevanza non secondaria, se sol si considera che, da esse, possono derivare indebite riduzioni delle garanzie che dovrebbero essere assicurate ai richiedenti asilo, soprattutto in violazione del principio di *non refoulement*³⁰.

È opportuno notare, infatti, che il rigetto per inammissibilità della domanda di asilo comporta la possibilità per uno Stato membro di escludere l'effetto sospensivo automatico conseguente all'impugnazione della decisione di diniego di protezione: il paragrafo 6 dell'art. 46 della direttiva procedure, infatti, prevede, quale eccezione al precedente paragrafo 5, che in caso di decisione amministrativa di inammissibilità della domanda, l'autorizzazione a rimanere nel territorio debba essere concessa dal giudice, su istanza del richiedente o d'ufficio (salve disposizioni più favorevoli del diritto nazionale)³¹.

27. Conclusioni dell'avvocato generale, 5 dicembre 2019, causa C-564/18, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, ECLI:EU:C:2019:1056.

28. *Ibid.*, § 51- 53.

29. Articolo 33 della Convenzione di Ginevra; articolo 78, paragrafo 1, TFUE; articolo 21 della direttiva 2011/95.

30. In questi termini: C. Pitea, *La nozione di "Paese di origine sicuro" e il suo impatto per le garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2019, pp. 627-662. Più in generale, sul ruolo dei giudici nell'assicurare il rispetto del principio di non respingimento, v. B. Nascimbene, *Non-refoulement as a principle of international law and the role of the judiciary in its implementation*, Opening of the Judicial Year of the European Court of Human Rights, 27 January 2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Nascimbene_JY_ENG.pdf.

31. Cfr. S. Bolognese, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di "Stato terzo sicuro" nel parere dell'Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in *Questione giustizia*, 3 ottobre 2018.

Proprio in questo senso, si era espressa la Corte EDU nella citata sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, nella quale, pur ammettendo la legittimità del concetto di Paese terzo sicuro, i giudici di Strasburgo avevano escluso l'ammissibilità di una sua applicazione meccanica, richiedendo di volta in volta una verifica in concreto della situazione presente nel Paese di destinazione, nonché un esame minuzioso sull'affidabilità ed effettiva accessibilità e corretto funzionamento del sistema di asilo (anche nell'ipotesi di *refoulement* indiretto³²). Dunque, fermo il dovere dei richiedenti asilo di fornire elementi inerenti alla propria vicenda personale, esiste, in capo allo Stato, un dovere di natura procedurale, consistente nell'obbligo positivo di reperire d'ufficio³³ informazioni utili ed aggiornate, al fine di effettuare siffatta valutazione³⁴, e opera, a favore del richiedente, una presunzione di conoscenza di situazioni di diffuse carenze nel rispetto dei diritti umani in un dato Paese³⁵.

Pertanto, il rischio insito nell'utilizzo del concetto di Paese terzo sicuro coincide con l'eventualità che un soggetto venga rimpatriato verso uno Stato senza che sia effettuato una valutazione nel merito della sua vicenda — data l'operatività dell'ipotesi di inammissibilità della domanda per provenienza da Paese terzo sicuro e, in caso di ricorso, la non automaticità del diritto di rimanere sul territorio competente all'esame della domanda —, e senza che, parallelamente, sia assicurato l'espletamento di un controllo effettivo circa la situazione della sicurezza del Paese di destinazione. A maggior ragione, siffatto rischio risulta amplificato nel caso in cui il legame asseritamente esistente tra il cittadino straniero e lo Stato terzo verso il quale dovrebbe essere destinato consiste soltanto nell'essere il soggetto transitato attraverso il territorio di quest'ultimo.

In quest'ottica, una chiara riaffermazione dell'imprescindibilità di una verifica effettiva del rispetto del principio di non respingimento nell'applicazione dell'istituto del Paese terzo

32. Il rischio di un *refoulement* indiretto si configura nell'ipotesi di un respingimento del soggetto da parte del Paese terzo verso il suo Paese d'origine. Si veda, altresì: Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, § 358; Corte EDU, sentenza del 5 dicembre 2013, ric. n. 60104/08, *Sharifi c. Austria*, § 30-32. Sull'applicazione del principio di *non refoulement* in ambito internazionale, si veda: F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 487-515.

33. Con quest'affermazione, la Grande Camera della Corte EDU ha superato la precedente posizione assunta dalla Camera nel 2017, che sembrava limitare l'obbligo di verifica della sicurezza dello Stato e della sussistenza di un rischio di *refoulement in capo alle autorità nazionali* soltanto «when information about such a risk is ascertainable from a wide number of resources» (Corte EDU, sentenza del 14 marzo 2017, ricorso n. 47287/15, *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, § 118). In dottrina erano state espresse alcune perplessità in merito al fatto che la facoltà attribuita al richiedente di superare la presunzione di sicurezza potesse non rappresentare sempre uno strumento sufficiente contro il rischio di *refoulement*, specie ove non fossero disponibili informazioni sulle carenze nel sistema di asilo o sulle violazioni di diritti umani nello Stato verso cui si intenda rinviare (cfr. B. Gornati, *'Paesi terzi sicuri', respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso Ilias e Ahmed*, in *Dir. um. dir. int.*, 2, 2017, pp. 542-552).

34. La Corte EDU ha precisato che, alla luce del carattere assoluto del divieto imposto dall'art. 3 CEDU, l'obbligo cui sono chiamate le autorità statali di effettuare una verifica sull'adeguatezza del sistema asilo dello Stato ricevente, risulta essere configurabile anche nei casi in cui non sia stato effettuato un esame nel merito delle domande di asilo dei richiedenti (§ 162).

35. Corte EDU (Grande Camera), sentenza *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, § 156.

sicuro da parte dei giudici di Lussemburgo avrebbe giocato un ruolo importante, soprattutto alla luce delle criticità evidenziate in merito ad una possibile rimodulazione in senso riduttivo delle garanzie assicurate ai richiedenti asilo, implicata dall'utilizzo della presunzione di sicurezza.

3.3. *Gli obblighi di riesame delle domande ritenute illegittimamente irricevibili*

Accingendosi ad esaminare la seconda questione pregiudiziale promossa dal Tribunale *a quo*, i giudici di Lussemburgo hanno premesso alcune considerazioni quanto alla conferenza dei quesiti posti rispetto alla risoluzione della controversia.

Il giudice ungherese si era interrogato, in primo luogo, in merito agli oneri delle autorità dello Stato membro che avesse rigettato una domanda di protezione internazionale per la provenienza del richiedente da Paese terzo sicuro, il quale, successivamente, si era rifiutato di ammettere il richiedente sul proprio territorio. Quanto a ciò, tuttavia, la Corte ha ritenuto di dover riformulare parzialmente i quesiti posti, occupandosi di verificare, più in generale, se la direttiva procedure, letta in combinato disposto con l'articolo 18 della Carta e con il principio di leale collaborazione (art. 4, par. 3 del TUE), debba essere interpretata nel senso che, quando una domanda di asilo sia stata rigettata in forza di una disposizione contraria al diritto dell'Unione e sia stata confermata da un'autorità giurisdizionale di ultima istanza, l'autorità responsabile della valutazione delle domande di asilo sia tenuta ad un riesame d'ufficio della questione, ovvero sia ammissibile una nuova domanda di asilo, da non considerarsi "domanda reiterata".

In secondo luogo, il giudice del rinvio aveva interpellato la Corte circa la possibilità che le domande di asilo presentate dai richiedenti nella causa principale venissero nuovamente respinte per motivi di inammissibilità estranei alla procedura precedente e alle conseguenze della mancata riammissione di un richiedente asilo da parte del Paese terzo sicuro verso il quale dovrebbe essere allontanato. Tuttavia, a seguito della riformulazione dei primi due quesiti, la Corte, nonostante la loro rilevanza, ha ritenuto inammissibili tali questioni, la cui analisi è rimasta confinata nell'ambito delle conclusioni redatte dall'avvocato generale Pikamäe e pubblicate il 23 aprile 2020³⁶.

36. Conclusioni avvocato generale, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:294. L'AG Pikamäe, comparando il tenore letterale dell'articolo 38 della direttiva procedure con il contenuto dell'articolo 35 della medesima direttiva, relativo al concetto di «Paese di primo asilo», aveva rilevato che, se l'accertamento della riammissione è certamente una delle condizioni cumulative imprescindibili ai fini dell'adozione di una decisione fondata sul motivo del «paese di primo asilo», l'ammissione o la riammissione da parte del «Paese terzo sicuro» costituiscono un elemento da accertare solo al momento dell'esecuzione. Tuttavia, considerando che questi due concetti rivestono la funzione di consentire alle autorità degli Stati membri che hanno ricevuto una domanda di protezione internazionale, di trasferire la responsabilità dell'esame delle esigenze di protezione internazionale ad un altro Paese, da tale premessa pare logico inferire che, in entrambi i casi, nasca, a favore delle persone interessate, un diritto azionabile a

Il giudice europeo, quindi, ha concentrato la propria attenzione sulla natura degli oneri riscontrabili in capo ad un'autorità nazionale, a seguito di un rigetto illegittimo di una domanda di asilo, poiché adottato in forza di una disposizione nazionale non conforme ad una norma europea. Infatti, atteso che l'articolo 33 della direttiva procedure, ricomprendente i motivi di irricevibilità delle domande di asilo, ha un contenuto sufficientemente preciso ed incondizionato, da assumere efficacia diretta negli ordinamenti nazionali, l'autorità amministrativa nazionale³⁷, di fronte ad una norma interna contrastante con le disposizioni europee, avrebbe dovuto disapplicare il concetto di «Paese di transito sicuro» ed esaminare nel merito la domanda di asilo.

Dunque, in questa prospettiva, i giudici di Lussemburgo hanno affrontato il tema dell'autorità della *res iudicata*, quale principio cardine per assicurare la certezza del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una buona amministrazione della giustizia.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte³⁸, un organo amministrativo non è obbligato, in linea di principio, a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale.

Invero, in presenza di specifiche circostanze³⁹, e, in particolare, quando intervenga una sentenza della Corte di giustizia, che giudichi errata l'interpretazione data alla disposizione

che la loro domanda di protezione internazionale venga esaminata nel merito nel corso della relativa procedura. Peraltro, l'inclusione negli articoli 35 e 38 della direttiva 2013/32 della condizione che impone che il richiedente sia riammesso nel territorio del «Paese di primo asilo» o possa entrare nel «Paese terzo sicuro» (o, per analogia, nel «Paese di transito sicuro»), giustificerebbe la necessità di garantire che il diritto ad un esame pieno nel merito delle domande di protezione internazionale venga rispettato. Pertanto, benché l'assenza di certezza quanto alla riammissione non osterebbe all'applicazione del motivo di inammissibilità legato alla nozione di «Paese terzo sicuro», l'impossibilità per il richiedente di fare ingresso sul territorio di suddetto Paese, a causa dell'opposizione delle autorità competenti, porrebbe a carico delle autorità competenti dello Stato membro presso il quale la domanda è stata presentata l'obbligo di garantire la possibilità di avviare una nuova procedura di esame della domanda di protezione internazionale (§ 111-115).

37. La Corte ricorda che l'obbligo di lasciare inapplicata una disposizione nazionale contraria ad una norma europea dotata di effetto diretto non incombe solamente in capo ad organi giurisdizionali, ma a tutti gli organi dello Stato, compresa l'autorità amministrativa (sentenza in commento, § 183). Tale principio è stato affermato per la prima volta in Corte di giust., 22 giugno 1989, causa 103/88, *Costanzo*, EU:C:1989:256, § 30 e 31. Sul tema del primato e dell'effetto diretto del diritto europeo nell'ambito del diritto amministrativo, si veda: D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 91-137; D.U. Galetta, *L'impatto del diritto UE sul sistema delle fonti del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo nell'Unione europea. Argomenti (e materiali)*, a cura di D.U. Galetta, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 1-20.

38. Sentenza in commento, § 186 e giurisprudenza ivi citata.

39. *Ibid.*, § 187. Un siffatto obbligo si impone ad un organo amministrativo qualora: a) disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; b) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE; d) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza. Per una ricostruzione della giurisprudenza in merito all'autonomia procedurale degli Stati membri, si veda: D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in [COMMENTI, fasc. n. 3/2020 224](http://www.ius-</p>
</div>
<div data-bbox=)

europea che aveva fondato la decisione, il principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE) impone la necessità di rimettere in discussione il giudicato, nell’ottica di assicurare un migliore perseguimento degli obiettivi dei trattati.

Pertanto, dal momento che, nel caso di specie, l’autorità ungherese aveva rigettato le domande d’asilo in forza una norma di trasposizione della direttiva procedure giudicata non conforme al diritto UE, la Corte ha riconosciuto in capo ad essa un dovere di verificare nuovamente la situazione giuridica dichiarata inammissibile. Gli stessi giudici, però, hanno lapidariamente escluso che un siffatto obbligo comporti un riesame d’ufficio della statuizione già emessa, ammettendo soltanto l’onere per le autorità competenti di rimettere in discussione il proprio *decisum* a fronte della presentazione di una nuova domanda d’asilo da parte dell’interessato.

Suddetta questione, non approfondita oltre dalla Corte – e priva, dunque, di una giustificazione convincente –, era stata invece affrontata, seppur in termini diversi, dall’avvocato generale Pikamäe.

Egli, occupandosi di valutare l’obbligo di riesame d’ufficio in caso di mancata (ri)ammissione del richiedente asilo da parte del Paese terzo sicuro di destinazione, aveva argomentato a favore della configurabilità di un dovere d’ufficio in capo alle competenti autorità, in considerazione del contesto e delle finalità del motivo di inammissibilità della domanda legato alla nozione di «Paese terzo sicuro»⁴⁰. Seguendo quest’impostazione, si perseguirebbe un obiettivo di responsabilizzazione delle autorità nazionali nell’ambito dell’applicazione di tale concetto: ammettere la configurabilità di un obbligo di riesame d’ufficio imporrebbe un controllo rigoroso circa l’esistenza di ragioni per ritenere che il richiedente sarà ammesso o riammesso nel Paese terzo in questione.

A parere di chi scrive, quest’argomento potrebbe essere utilizzato per contestare la posizione assunta dalla Corte: l’esistenza di una disposizione nazionale contraria al diritto europeo, che abbia illegittimamente privato un richiedente asilo del diritto ad un esame adeguato e completo⁴¹ della domanda di protezione internazionale, dovrebbe comportare, sempre in un’ottica di responsabilizzazione delle autorità nazionali, l’onere per queste ultime

publicum.com; più in generale, sul tema: D.U. Galetta, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: paradise lost?: studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Bobek, *Why There is no Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States*, in *The European Court of Justice and autonomy of the Member States*, a cura di B. de Witte, H. Micklitz, Intersentia, 2011, pp. 305-322.

40. Conclusioni avvocato generale Pikamäe, § 118-120. Secondo l’avvocato generale, escludendo l’interpretazione favorevole alla configurazione di un obbligo di riesame d’ufficio in capo alle autorità competenti, la procedura di esame di ogni domanda di protezione internazionale verrebbe chiusa, in caso di mancata ammissione o riammissione, senza che la fondatezza della domanda inizialmente presentata sia stata oggetto di una valutazione da parte dell’autorità nazionale competente.

41. Articolo 31 direttiva 2013/32/UE.

di riassumere d'ufficio la procedura. Questa, peraltro, è stata l'impostazione assunta dal giudice europeo nella sentenza *Ibrahim e a.*, con riferimento ai casi in cui uno Stato membro, che ha concesso la protezione sussidiaria, rifiuti sistematicamente, senza un controllo effettivo, il riconoscimento dello *status* di rifugiati a richiedenti ai quali tale *status* sia tuttavia attribuibile, e tali richiedenti presentino successivamente una nuova domanda di asilo in un altro Stato membro: quest'ultimo potrà respingere la domanda sulla base dell'articolo 33, paragrafo 2, lett. a), della direttiva 2013/32, ma spetterà al primo Stato membro riprendere in carico, d'ufficio, la procedura⁴².

Quanto meno, la Corte ha precisato che quest'ulteriore istanza non potrebbe essere qualificata come «domanda reiterata» e, quindi, essere valutata come irricevibile. Infatti, perché una domanda possa ritenersi tale, è necessario che la seconda istanza non apporti alcun elemento di fatto ulteriore rispetto alla precedente⁴³; invero, l'intervenuta decisione della Corte di giustizia, che accerta la contrarietà al diritto europeo della norma nazionale che ha fondato la declaratoria di irricevibilità, deve essere certamente qualificata quale fatto ulteriore rilevante ai fini del decidere ed esclude il carattere reiterato della relativa domanda. Più in generale, ammettere che, in tali ipotesi, la nuova domanda proposta dal richiedente possa essere giudicata irricevibile perché reiterata, comporterebbe quale conseguenza l'impossibilità di offrire al richiedente asilo il beneficio di veder esaminare la propria domanda se non in forza di una norma contraria al diritto dell'Unione, compromettendo l'effetto utile discendente da tale pronuncia⁴⁴. Si verificherebbe, così, una contraddizione in termini: un soggetto non potrebbe vedersi riconoscere un diritto che potrebbe legittimamente spettargli, soltanto in ragione di una disposizione non legittimamente prevista dalla normativa nazionale⁴⁵.

Pertanto, la Corte è giunta a considerare «elemento nuovo», che giustifica un riesame – sebbene non d'ufficio – di una domanda di protezione internazionale, l'esistenza di una sentenza della Corte che dichiara l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale.

42. Corte di giust., 19 marzo 2019, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim e a.*, EU:C:2019:219, § 100.

43. Articolo 33, paragrafo 2, lett. d) direttiva 2013/32/UE.

44. Sentenza in commento, § 196.

45. *Ibid.*, § 197, e giurisprudenza ivi citata.

3.4. Il concetto di trattenimento

La Corte di Lussemburgo, soltanto in ultima battuta, si è occupata di affrontare il tema centrale della vicenda, connesso alla configurabilità di una forma di «trattenimento»⁴⁶ – e, quindi, di una forma di privazione della libertà personale – nel confinamento dei richiedenti asilo all'interno della zona di transito venuta in considerazione nel caso di specie. La questione, come anticipato, non si presentava come del tutto inedita, dal momento che, nel novembre del 2019, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si era confrontata con la medesima problematica e, ribaltando la conclusione cui era giunta all'unanimità la Camera, con sentenza del 14 marzo 2017⁴⁷, aveva negato la sussistenza di una violazione dell'articolo 5 CEDU.

Il ragionamento dei giudici di Lussemburgo ha preso le mosse dalla definizione da attribuire alla nozione di trattenimento, per poi valutare, solo in un secondo momento, se le materiali condizioni in cui si trovavano i ricorrenti potessero essere ritenute tali e se un siffatto confinamento potesse eventualmente considerarsi illegittimo.

Partendo dal dato legislativo, la Corte ha analizzato il contenuto dell'art. 2, par. 1, lett. h) della direttiva sulle condizioni di accoglienza e ha riscontrato, innanzitutto, come l'espressione «trattenimento» identifichi tutte le misure di «*confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione*»⁴⁸. Dunque, indagando alla genesi di questa disposizione⁴⁹, i giudici hanno rilevato il suo fondamento nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti asilo del 16 aprile 2003, che ribadisce che per «“misure di detenzione dei richiedenti l'asilo” si intende il fatto di tenere i richiedenti in un perimetro strettamente delimitato o ristretto, entro il quale essi sono privati della libertà»; nonché nei principi dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sui

46. Per una ricostruzione delle normative degli Stati membri in materia di espulsione e trattenimento degli stranieri, vigenti prima dell'adozione della direttiva rimpatri, si veda B. Nascimbene (a cura di), *Expulsion and detention of aliens in the EU member states*, Milano, Giuffrè, 2001. Sul tema, altresì, cfr. B. Nascimbene, A. Di Pascale, *Addressing irregular immigration through criminal penalties. Reflections on the contribution of the ECJ to refine and develop a complex balance*, in *International Courts and the Development of International Law. Essay in Honour of Tullio Treves*, a cura di N. Boschiero, T. Scovazzi, TMC Asser Press, The Hague, 2013.

47. Corte EDU, sentenza del 14 marzo 2017, ricorso n. 47287/15, *Ilias and Ahmed c. Ungheria*. I giudici avevano rilevato come il fatto che i ricorrenti avessero la possibilità di tornare volontariamente in Serbia non bastasse ad escludere la violazione del loro diritto alla libertà personale durante la permanenza nella zona di transito. Infatti, tale scelta avrebbe comportato il rischio di conseguenze gravi e negative, legate alle carenze nel sistema d'asilo serbo e nel rischio di *refoulement* indiretto verso altri Paesi, in cui le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo erano altrettanto problematiche.

48. Sentenza in commento, § 216.

49. Titolo 3, § 4, della relazione che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri [COM(2008) 815 definitivo].

criteri e le norme applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo (1999)⁵⁰, che ammettono la configurabilità di una forma di detenzione «non soltanto nei Centri di detenzione, bensì anche in ogni luogo dal quale il richiedente asilo non sia libero di allontanarsi» (comprese le frontiere terrestri e marittime, le aree internazionali degli aeroporti⁵¹ e le imbarcazioni⁵², i campi profughi chiusi, la propria abitazione) e ricordano – in linea con la posizione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁵³ –, che la nozione di «privazione della libertà di circolazione» si differenzia dal concetto di «privazione della libertà personale», in ragione, non della natura o essenza del vincolo, ma, piuttosto, del grado e della sua intensità (differenza quantitativa e non qualitativa).

Da queste considerazioni, i giudici di Lussemburgo hanno desunto una definizione di trattenimento, quale misura coercitiva, che priva della libertà di circolazione un soggetto e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di rimanere all'interno di un'area chiusa e delimitata. Peraltro, non rinvenendo ulteriori e diversi parametri interpretativi all'interno della direttiva 2008/115, hanno deciso di poter ritenere univoca tale interpretazione, valevole anche nell'ambito della normativa sul rimpatrio⁵⁴.

Tanto premesso, la Corte è passata a verificare se, nel concreto, il fatto che i ricorrenti fossero stati costretti a permanere nella zona di transito di Röske potesse essere considerata una forma di privazione della libertà definibile come «trattenimento» a norma delle direttive menzionate.

In quest'ottica, l'attenzione della Corte è ricaduta, in particolare, sulle condizioni materiali dei luoghi in cui i ricorrenti si trovavano alloggiati⁵⁵, nonché sulla libertà loro garantita di allontanarsi dalla zona di transito. Assumendo un approccio «sistematico e realistico»⁵⁶, i giudici hanno escluso, contrariamente a quanto sostenuto dal governo

50. Negli stessi termini: Corte di giust., 15 febbraio 2016, C-601/15 PPU, *N.*, EU:C:2016:84, § 63; Corte di giust., 14 settembre 2017, C-18/16, *K.*, EU:C:2017:680, § 46.

51. Corte EDU, 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92, *Amuur c. Francia*.

52. Corte EDU, 6 novembre 1980, ricorso n. 7367/76, *Guzzardi c. Italia*.

53. Nel caso *Amuur c. Francia*, cit., la Corte EDU ha precisato che, per determinare se una persona sia stata «privata della libertà» ai sensi dell'articolo 5, è necessario partire dalla sua situazione concreta, e tener conto di un intero ventaglio di criteri, tra cui il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione. La differenza tra privazione e restrizione della libertà è unicamente di grado o intensità, non di natura o di sostanza (§ 42). Sul punto, si veda, altresì: Corte EDU, 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Khalifa e altri c. Italia*, § 71; Corte EDU, 23 febbraio 2017, ricorso n. 43395/09, *De Tommaso c. Italia*, § 80.

54. Sentenza in commento, § 231. L'interpretazione fornita dalla Corte pare dunque superare le considerazioni avanzate dalla dottrina in merito alle diverse finalità perseguite dalla detenzione nell'ambito della direttiva rimpatri, rispetto alla direttiva sulle condizioni di accoglienza (cfr. S. Bartolini, T. Bombois, *Immigration Detention before the CJEU: The interrelationship between the Return Directive and the Recast Reception Conditions Directive and their Impact on the Rights of Third Country Nationals*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2016, p. 519 e ss.).

55. Per una descrizione dettagliata delle condizioni dei soggetti confinati nella zona di transito di Röske, si vedano i § 226-231, della sentenza in commento.

56. Conclusioni avvocato generale Pikamäe, § 167.

ungherese, che i ricorrenti avessero un'effettiva libertà di lasciare la zona di confinamento, senza alcuna conseguenza. Sotto quest'ultimo punto di vista, infatti: se i ricorrenti si fossero recati in Serbia, sarebbero stati qualificati come soggiornanti illegali, potendo subire conseguenze di natura penale⁵⁷, e, se avessero lasciato l'Ungheria, avrebbero perso qualsiasi ulteriore *chances* di vedersi riconoscere la protezione internazionale in suddetto Stato membro, atteso che, in forza della legge ungherese, l'allontanamento dalla zona di transito costituirebbe motivo di irricevibilità di un'ulteriore domanda di asilo da loro proposta, senza possibilità di contestazione⁵⁸.

Ed è proprio su quest'aspetto che la Corte di Lussemburgo si è discostata totalmente rispetto al *dictum* dei giudici di Strasburgo nell'ambito della sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

A differenza della Corte di giustizia, infatti, la Corte EDU aveva considerato praticabile l'alternativa rappresentata dal ritorno in Serbia, poiché si trattava di un Paese firmatario della Convenzione di Ginevra, oltre che dell'accordo di riammissione con l'UE, e, per di più, accessibile per i ricorrenti via terra, a piedi⁵⁹. Rispetto a ciò, in particolare, la Corte EDU aveva operato un distinguo rispetto alla condizione dei richiedenti asilo confinati nell'area internazionale di un aeroporto, sottolineando come in quelle circostanze sia effettivamente impossibile per i soggetti allontanarsi volontariamente dalla zona di trattenimento, senza prima aver ottenuto un'autorizzazione ad imbarcarsi su un aereo⁶⁰.

Un'interpretazione, questa, che ha fatto molto discutere i commentatori⁶¹, soprattutto perché non pare tenere in considerazione le conseguenze giuridiche derivanti dall'allontanamento dei richiedenti dalla zona di transito, quali, da un lato, la necessaria rinuncia alla domanda di asilo presentata in Ungheria, e, dall'altro, i rischi collegati alle inefficienze del sistema d'asilo serbo, cui gli stessi soggetti sarebbero destinati. Tali fattori, in effetti, erano stati valutati dalla Corte di Strasburgo soltanto in relazione all'art. 3

57. Secondo il ragionamento dell'avvocato generale, sarebbe stato possibile configurare conseguenze penali in capo ai ricorrenti se questi ultimi avessero attraversato la frontiera con una modalità idonea a violare l'articolo 5, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen. In ogni caso, qualora gli stessi avessero attraversato la frontiera serbo-ungherese ad un valico di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti, come imposto dall'articolo 5, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen, sarebbero comunque incorsi in un rifiuto di ammissione (o di riammissione) da parte delle autorità serbe competenti, poiché la Repubblica di Serbia non accetta di accogliere gli immigrati provenienti dalle zone di transito ungheresi, in quanto li considera entrati legalmente nel territorio dell'Ungheria ai fini dell'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, dell'accordo di riammissione (§ 168).

58. L'avvocato generale ha altresì precisato che nei confronti dei ricorrenti erano state adottate decisioni di rimpatrio forzato verso la Serbia, prima, e verso i Paesi d'origine, poi, il che escludeva l'ipotesi di una decisione di rimpatrio corredata di un periodo per la partenza volontaria ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 2008/115 (§ 177).

59. Corte EDU, sentenza *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, § 236-241.

60. Corte EDU, 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92, *Amuur c. Francia*, relativo al trattenimento di richiedenti asilo somali, provenienti dalla Siria, nella zona di transito dell'aeroporto di Parigi-Orly.

61. Si veda, in particolare: S. Penasa, cit., pp. 391-392.

CEDU, ma non rispetto all'art. 5, ritenendo di scongiurare, così, «un'espansione del concetto di privazione della libertà al di là del significato inteso dalla Convenzione»⁶².

Peraltro, benché la Corte EDU avesse valutato estremamente rilevante il fatto che la legge ungherese, in forza di quanto previsto nella direttiva, ammettesse il trattenimento per un tempo massimo di quattro settimane e che questo termine fosse stato rispettato nel caso *Ilias e Ahmed* — dal momento che la permanenza dei ricorrenti nella zona di transito era durata 23 giorni⁶³ —, appaiono assai poco convincenti le argomentazioni dei giudici di Strasburgo in merito alla natura volontaria dell'accesso dei ricorrenti nella zona di transito — considerando che l'ingresso nell'area di Röszke costituiva l'unica via per accedere alle procedure di asilo ungheresi — e al fatto che quegli spazi, in quanto *waiting areas*, comportassero quale naturale conseguenza una permanenza di un certo periodo di tempo, il cui decorso non poteva essere valutato come decisivo ai fini dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU⁶⁴.

Ben diversa, dunque, la posizione assunta dalla Corte di giustizia, che appare sicuramente più coraggiosa, e più garantista nei confronti, in generale, dei cittadini di Paesi terzi trattenuti nelle zone di transito internazionale, la cui condizione è stata di fatto equiparata alla situazione dei soggetti confinati nelle zone di transito aeroportuali. Come evidenziato dalla dottrina⁶⁵, l'interpretazione della Corte forse non avrebbe potuto essere differente per quanto riguarda i richiedenti asilo, considerando, da un lato, l'articolo 18 della Carta, a tutela del diritto di chiedere asilo, e dall'altro il loro diritto di rimanere sul territorio dello Stato membro nelle more della procedura: di fronte a simili garanzie, infatti, la decisione di limitare la libertà di movimento dei soggetti, confinandoli in una zona di transito come quella di Röszke, non poteva che essere comparata ad una forma di trattenimento.

Invece, non altrettanto scontata appare l'estensione del concetto di trattenimento anche alle categorie di soggetti irregolari sul territorio. La Corte, andando oltre la premessa della Corte EDU secondo cui gli Stati hanno il diritto di sorvegliare i propri confini, ma anche

62. Corte EDU, sentenza *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, § 243. Per un commento, si veda: S. Zirulia, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo? – Riflessioni a margine di CGUE, Grande Camera, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU (FMS e FNZ) e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2020.

63. È bene puntualizzare che le fattispecie sottoposte al vaglio delle due Corti, per quanto assimilabili, presentavano comunque differenze sostanziali. In particolare, se la Corte EDU si era trovata a decidere circa la sussistenza di una violazione asseritamente già realizzatasi, con riferimento ad una situazione non più in essere, la Corte di giustizia era stata investita di un ricorso incidentale, intervenuto nell'ambito di un giudizio pendente innanzi al Tribunale amministrativo e del lavoro ungherese, quando il trattenimento dei soggetti interessanti presso la zona di transito era ancora in atto. Inoltre, deve essere altresì tenuto in considerazione il differente contesto istituzionale all'interno del quale si collocano le due Corti; in proposito C. Costello, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, p. 269.

64. Sentenza *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, cit., § 224.

65. G. Cornelisse, *Borders, Procedures and Rights at Röszke: Reflections on Case C-924/19 (PPU)*, in EDAL (European Database of Asylum Law), 9 aprile 2020.

quello di prendere provvedimenti contro gli stranieri che cerchino di aggirare le misure di controllo e contenimento dell'immigrazione, ha riconosciuto – quanto meno – che le pratiche messe in atto nelle zone di transito non potessero che essere lette alla luce del concetto di trattenimento, la cui legittimità, così, dovesse rispettare le garanzie applicabili nelle ipotesi in cui venga in essere una privazione della libertà personale.

3.5. La legittimità del trattenimento

Premessa la qualificazione del confinamento dei ricorrenti nella zona di transito come trattenimento, la Corte si è preoccupata di verificare se la durata, le condizioni e le ragioni che hanno caratterizzato la forma di privazione della libertà personale nel caso di specie – ancora in atto al momento della decisione –, fossero o meno conformi alle direttive europee.

Prima di entrare nel merito della normativa, tuttavia, la Corte di giustizia ha posto una premessa circa l'inquadramento della situazione giuridica dei ricorrenti, al fine di individuare la normativa applicabile: le direttive 2013/32 e 2013/33, se richiedenti asilo, ovvero la direttiva 2008/115/CE, se cittadini stranieri irregolari sul territorio.

A tal proposito, per un verso, i giudici hanno constatato che, nel momento in cui ai ricorrenti era stato ordinato di risiedere nel settore della zona di transito dedicato ai cittadini stranieri irregolari, erano scaduti i termini per l'impugnazione della decisione di rigetto della loro domanda di asilo, non era stato loro rilasciato alcun altro titolo che legittimasse il loro soggiorno, e, dunque, non potevano più essere considerati richiedenti asilo⁶⁶. Tuttavia, per altro verso, hanno anche rilevato che uno dei ricorrenti – *SA junior* – aveva proposto ricorso avverso il diniego della domanda di asilo e, pertanto, non poteva che essere identificato come richiedente protezione internazionale.

Pertanto, la Corte ha colto l'occasione per ricostruire la disciplina in materia di trattenimento, sia con riferimento alle procedure di asilo, sia con riferimento alla normativa sugli stranieri il cui soggiorno è irregolare.

66. L'AG Pikamäe, invece, aveva assunto una posizione diametralmente opposta. Partendo dalla nozione di «richiedente asilo» (art. 2, lett. c), direttiva 2013/32), definito come «il cittadino di un Paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non è stata ancora adottata una decisione definitiva», ossia «una decisione che stabilisce se a un cittadino di un Paese terzo o a un apolide è concesso lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria a norma della [direttiva 2011/95]», egli aveva desunto che un migrante perdesse la sua qualità di richiedente protezione internazionale solo al momento dell'adozione di una decisione che rigetta la sua domanda nel merito. Dunque, atteso che le decisioni di rigetto delle domande presentate dai ricorrenti nei procedimenti principali erano decisioni di inammissibilità, e non decisioni concernenti il merito della domanda, esse non comportavano la perdita della qualità di richiedenti asilo in capo a tali ricorrenti.

Partendo dalla direttiva 2013/32/UE⁶⁷, la Corte ha preso in considerazione il funzionamento delle procedure di frontiera, regolate all'articolo 43 della direttiva⁶⁸, che consente agli Stati membri di decidere in merito alle domande di protezione internazionale, presentate alla frontiera o nelle zone di transito, prima che sia presa una decisione sull'ammissione dei richiedenti nel loro territorio⁶⁹. Siffatte procedure, proprio perché esperite senza consentire l'ingresso del richiedente asilo nel territorio dello Stato membro, risultano applicabili soltanto quando vengano in considerazione questioni riguardanti l'ammissibilità di una domanda, ai sensi dell'articolo 33, e/o il merito di una domanda, di cui si presupponga la probabile infondatezza o accompagnata da un comportamento fraudolento del richiedente, tanto da giustificare anche il ricorso a una procedura accelerata (art. 31, par. 8, dir. 2013/32). In ogni caso, le decisioni adottate con suddette modalità procedurali devono comunque intervenire entro un termine ragionevole, che, se supera le quattro settimane, impone la necessità di ammettere il richiedente nel territorio dello Stato membro, affinché la sua domanda sia esaminata conformemente alle altre disposizioni della direttiva (par. 2).

Una lettura contestualizzata della norma e, in particolare, una sua interpretazione alla luce dell'articolo 8, par. 3, lett. c) della direttiva accoglienza – che consente forme di trattenimento dei richiedenti asilo, qualora si rendano necessarie «per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio» –, ha condotto la Corte ad ammettere la possibilità per gli Stati membri di disporre il trattenimento dei richiedenti asilo, nelle condizioni poste ai paragrafi 1 e 2 dell'articolo 43 della direttiva procedure, e, quindi, per un periodo non superiore a quattro settimane⁷⁰. E a nulla varrebbe sostenere che, a norma del paragrafo 3 dell'articolo 43, quando si verifichi un afflusso massiccio di migranti, sia possibile un prolungamento delle procedure di frontiera oltre il termine di quattro settimane. La norma, infatti, prevede esclusivamente la facoltà di operare suddette procedure «nei luoghi e per il periodo in cui i cittadini di Paesi terzi o gli apolidi in questione sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito»: ciò, dunque, non significa che le misure di trattenimento possano continuare ad applicarsi oltre il termine delle quattro settimane, ma, al contrario, implica che al loro posto

67. In proposito, v. R. Palladino, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 167 ss.

68. Anche l'avvocato generale aveva ritenuto configurabile, nel caso di specie, una procedura di frontiera, poiché: a) le domande di asilo dei ricorrenti erano state presentate in una zona di transito; b) l'autorità nazionale competente ha fissato il luogo di residenza dei ricorrenti nei procedimenti principali nella medesima zona di transito; c) l'intera procedura di asilo si era svolta all'interno della zona di transito, inclusa la notifica della decisione di inammissibilità della domanda di protezione internazionale dei ricorrenti nei procedimenti principali (conclusioni, § 136).

69. Considerando 38 della direttiva 2013/32/UE.

70. Sentenza *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, § 238-241.

dovranno disporsi diverse misure di accoglienza differenti, disposte in conformità con l'articolo 7 della direttiva 2013/33⁷¹. Peraltro, il richiamo dell'art. 43, par. 3 implicherebbe comunque, da parte dello Stato membro che lo invochi, una sua giustificazione alla luce del principio di proporzionalità, dimostrando che il numero di arrivi è tale da rendere impossibile l'applicazione della procedura di frontiera alla frontiera o in una zona di transito⁷².

Alla luce di ciò, il fatto che il trattenimento dei richiedenti si fosse prolungato ben oltre le quattro settimane costituiva già un indice rilevante della sua illegittimità.

Ma non è certo l'unico fattore.

Quanto alle condizioni in presenza delle quali può disporsi il trattenimento di un richiedente asilo⁷³, la Corte ha constatato, innanzitutto, che, tra le ragioni che legittimano la predisposizione di un trattenimento, indicate dall'articolo 8, paragrafo 3 della direttiva 2013/33, non rientra la circostanza per cui il richiedente asilo non sia in grado di far fronte ai propri bisogni primari, ragione, invece, che aveva giustificato il trattenimento dei ricorrenti nel caso di specie. In secondo luogo, ha constatato il mancato rispetto delle disposizioni dettate dall'articolo 9 della direttiva 2013/33, quanto alle garanzie per i richiedenti trattenuti: la misura non era stata disposta per iscritto dall'autorità giurisdizionale o amministrativa (par. 2), non contemplava le motivazioni di fatto e di diritto che lo avevano giustificato (par. 5) e, di conseguenza, non era possibile determinare proporzionalmente la legittima durata (par. 1). Inoltre, anche se il fatto che non fosse previsto un termine massimo per il trattenimento non risulta espressamente vietato dalla direttiva procedure, i giudici hanno comunque ribadito l'irregolarità di un trattenimento che si sia prolungato oltre il tempo strettamente necessario ad assicurare le ragioni per cui il trattenimento è stato disposto, nonché ad espletare diligentemente le procedure di esame della domanda di asilo.

Simili condizioni risultano richieste, quasi specularmente, anche dalla direttiva rimpatri⁷⁴, nel rispetto, da un lato, del principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti e, dall'altra, dei diritti fondamentali dei cittadini dei Paesi terzi interessati.

71. *Ibid.*, § 242-247.

72. Sul punto: G. Cornelisse, *Borders, Procedures and Rights at Röszke: Reflections on Case C-924/19 (PPU)*, in *EDAL (European Database of Asylum Law)*, 9 aprile 2020.

73. Sentenza *Ilias and Ahmed c. Ungheria*, § 249-266.

74. Sulla detenzione dei migranti in condizione di soggiorno irregolare ai sensi della direttiva rimpatri, si veda: M.L. Basilien-Gainche, *Rétention des migrants et mesures d'éloignement: lumières et ombres portées par la CJUE sur la directive "Retour"*, in *Cah. Rec. Droits Fond.*, 2015, p. 89; P. Martucci, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea fra sicurezza, emergenza e continuità*, in *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo, F. Spitaleri, cit., p. 325.

Quanto alle ragioni che possono giustificare il trattenimento di un cittadino straniero, irregolare sul territorio e destinatario di un ordine di rimpatrio⁷⁵, la direttiva contempla esclusivamente due circostanze, connesse ad una possibile compromissione della procedura di allontanamento e coincidenti con l'ipotesi in cui sussista un rischio di fuga del cittadino straniero irregolare, ovvero in cui quest'ultimo cerchi di evitare od ostacolare la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento⁷⁶. In ogni caso, il trattenimento deve essere concepito quale *ultima ratio*, adottabile esclusivamente qualora non sia possibile disporre misure meno coercitive⁷⁷ (art. 15, par. 1). Peraltro, a norma dell'art. 15, par. 2, la decisione di imporre il trattenimento deve essere emessa per iscritto da un'autorità amministrativa o giudiziaria e deve essere motivata in fatto e in diritto; inoltre, qualora il trattenimento sia ordinato da un'autorità amministrativa, deve essere assicurato un controllo giurisdizionale di legalità (par. 2), nonché un riesame del provvedimento, in caso di prolungamento della misura (par. 3).

Quanto invece alla durata del trattenimento, se, in generale, deve essere calibrata in ragione della sussistenza dei motivi che lo hanno giustificato⁷⁸, nello specifico, i paragrafi 5 e 6 dell'articolo 15 della direttiva rimpatri fissano come limite massimo il termine di 18 mesi⁷⁹. Il venir meno di ogni ragionevole prospettiva di conseguire l'obiettivo del rimpatrio, così come la decorrenza dei termini massimi, importa l'immediata liberazione dello straniero trattenuto⁸⁰ e l'onere per gli Stati di allontanare il cittadino di Paese terzo, ovvero di regolarizzare la sua presenza sul territorio.

75. *Ibid.*, § 267-281.

76. Corte di giust., 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, § 39: «Solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato, detti Stati possono privare quest'ultimo della libertà ricorrendo al trattenimento.». Per un commento, si veda: B. Nascimbene, *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, in *Guida dir.*, 2011, 20, p. 10 ss.; L. Maserà, F. Viganò, *Addio articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

77. Sulla gradualità della modalità di allontanamento, si veda: C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2009, pp. 8-9.

78. La direttiva rimpatri utilizza l'espressione «prospettiva ragionevole di allontanamento». Secondo la Corte, «[...] per poter considerare che esiste una «prospettiva ragionevole di allontanamento» ai sensi dell'art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, è necessario che, al momento del riesame della legittimità del trattenimento da parte del giudice nazionale, risulti che esiste una concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini fissati all'art. 15, nn. 5 e 6, di tale direttiva. Pertanto, non esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento quando sembra poco probabile che l'interessato sia accolto in un Paese terzo tenuto conto dei detti termini» (Corte di giust., 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, ECLI:EU:C:2009:741, § 65-66).

79. Cfr. Corte di giust., 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, *op. cit.*, § 64.

80. La Corte ha precisato che il termine di 18 mesi fissato dalla direttiva per la privazione della libertà personale dello straniero durante la procedura di rimpatrio deve considerarsi un termine tassativo (Corte di giust., 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, *op. cit.*, § 71).

Pertanto, la legislazione ungherese che consente la realizzazione, come nel caso di specie, di un trattenimento *de facto*, in totale spregio del diritto ad essere informato⁸¹, in forza della mera impossibilità dei soggetti di far fronte ai propri bisogni, senza alcuna specificazione dei motivi che hanno giustificato la predisposizione della misura detentiva e senza il rispetto dei limiti temporali previsti, non può essere considerata conforme al diritto europeo, sia nel caso in cui si tratti di richiedenti asilo, che nell'ipotesi di cittadini stranieri irregolari.

Tanto premesso, la Corte, facendo diretta applicazione dell'articolo 9 della direttiva sulle condizioni di accoglienza e dell'articolo 15 della direttiva sui rimpatri — che fissano il diritto ad un controllo giurisdizionale sugli ordini di trattenimento —, ha ammesso che il giudice nazionale adito si dichiari competente a pronunciarsi in materia, pur in assenza di disposizioni nazionali che prevedano tale controllo. Dunque, se il giudice nazionale dovesse ritenere che la misura di detenzione controversa sia contraria al diritto dell'Unione, potrà sostituire l'ordine amministrativo dell'autorità nazionale con la sua decisione e statuire l'immediato rilascio delle persone interessate, o eventualmente una misura alternativa alla detenzione⁸².

4. Note conclusive

A conclusione dell'analisi di questa lunga e complessa pronuncia della Corte, pare utile fissare alcuni punti cardine emersi dalla sua disamina, che appaiono particolarmente rilevanti tanto in una prospettiva europea, quanto nazionale.

Innanzitutto, occorre rimarcare il profondo valore che in questa decisione ha assunto la riaffermazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, contemplato dall'articolo 47 della Carta, quale baluardo dello stato di diritto. Come già evidenziato in precedenza, il giudice europeo, per la prima volta, ha fatto applicazione diretta di questa norma nell'ambito del diritto d'asilo, sia con riferimento alle procedure di rimpatrio, sia con riferimento all'ipotesi di un trattenimento illegittimo, facendo assurgere tale principio ad ulteriore parametro a garanzia del diritto dei cittadini stranieri all'accesso alla protezione internazionale.

81. Il considerando n. 6 della direttiva 2008/115 richiama l'esigenza che gli Stati membri dispongano una procedura di rimpatrio «*equa e trasparente*».

82. Una volta liberato, il richiedente dovrà potersi avvalere delle condizioni materiali di accoglienza cui ha diritto durante l'esame della sua domanda, a norma dell'articolo 17 della direttiva sulle condizioni di accoglienza. Da questo punto di vista, l'articolo 26 della medesima direttiva prevede che tale richiedente possa adire un Tribunale per vedersi garantire questo diritto all'alloggio, quale misura provvisoria in attesa di una decisione definitiva. Se nessun altro giudice dovesse essere competente in base al diritto nazionale, il principio del primato del diritto dell'Unione e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva richiederebbero, anche in questo caso, che il giudice adito dichiari la propria competenza a conoscere del ricorso volto a garantire tale diritto all'alloggio (sentenza in commento, § 295-330).

In particolare, nella valutazione sulla legittimità del trattenimento realizzatosi *de facto*, la Corte ha individuato nella predisposizione di uno strumento di controllo giurisdizionale sulla misura detentiva disposta — che consenta di tener conto, da un lato, del rispetto delle formalità previste a livello legislativo per l'adozione di simili misure restrittive della libertà personale e, dall'altro, della loro proporzionalità rispetto alle esigenze specifiche del caso di specie —, un elemento in grado di controbilanciare l'ammissibilità di uno strumento che violi la libertà dell'individuo.

L'effettività del ricorso ha trovato una propria declinazione sia con riferimento alle ipotesi in cui debba essere assicurata una simile garanzia, sia con riferimento alle caratteristiche dell'organo responsabile della decisione sull'impugnazione. Sotto questo secondo punto di vista, in particolare, il richiamo ai principi di indipendenza ed imparzialità dell'autorità competente assume una grande importanza nell'ambito di procedure, come quelle esaminate dalla Corte, che risultano in larga parte affidate ad organi di natura amministrativa, incardinati nel potere esecutivo.

Inoltre, in presenza di una legislazione nazionale carente in termini di effettività dei ricorsi, la Corte di giustizia ha promosso un orientamento volto a rispondere all'esigenza di assicurare un riesame di provvedimenti adottati da organi amministrativi, da parte di un'autorità giurisdizionale, pur quando quest'ultima non abbia espressamente il potere di farlo ai sensi dell'ordinamento interno. Tale presa di posizione, che si concretizza nella valorizzazione dell'efficacia diretta dell'articolo 47 della Carta, è cifra della stretta connessione esistente tra l'autorità giurisdizionale e il mantenimento dello stato di diritto: il giudice nazionale, che rispetti i requisiti d'indipendenza e imparzialità, in quanto giudice naturale dell'Unione, costituisce un elemento imprescindibile ai fini del rispetto e della tutela della *rule of law* all'interno del panorama europeo.

Peraltro, il rispetto dei principi dello stato di diritto potrebbe assumere una rilevanza inedita nell'ottica dell'applicazione del concetto di «Paese terzo sicuro»: una verifica puntuale del sistema giuridico del Paese terzo, proprio con riferimento al rispetto di una tutela giuridica effettiva, dovrebbe considerarsi indispensabile nell'ottica della valutazione di sicurezza. E una simile attenzione non dovrebbe mancare anche nella fase legislativa, imponendo un controllo in tal senso a monte della delineazione delle liste di Paesi ritenuti sicuri, che consentono, poi, una limitazione delle garanzie normalmente assicurate nell'ambito delle procedure di esame delle domande asilo.

Non va dimenticato, inoltre, che, per assicurare una concreta tutela a cittadini di Paesi terzi nell'ambito delle procedure di frontiera e di rimpatrio, i ricorsi esperiti — almeno in primo grado — non dovrebbero mai prescindere dal generare un effetto sospensivo della pronuncia impugnata, che, altrimenti, potrebbe condurre all'allontanamento del soggetto, frustrando le sue possibilità di difesa e, dunque, e l'effetto utile del ricorso stesso.

Parimenti significativa è stata la riconferma della centralità del principio di *non refoulement*, sia nella valutazione effettuata ai fini del rimpatrio, sia con riferimento al concetto di sicurezza insito nella nozione di «Paese terzo sicuro». Il diritto al non respingimento, tanto sotto il profilo del *refoulement* diretto, quanto indiretto, non può che rappresentare un parametro essenziale, da prendere sempre in considerazione anche nell'ambito di procedure accelerate o di meccanismi presuntivi come quello connesso alla sicurezza dei Paesi terzi. Soprattutto in questi casi, infatti, la consapevolezza che le autorità competenti possano mancare di effettuare, almeno nella prima fase della procedura, una valutazione nel merito della situazione del cittadino straniero, deve essere di monito agli organi responsabili per l'esame del ricorso, perché valutino che la specifica condizione dell'individuo non presenti comunque profili rilevanti nell'ottica della valutazione sul rischio di respingimento.

Quanto poi all'interpretazione del concetto di trattenimento, è importante ribadire la rilevanza della scelta della Grande Sezione di attribuire un'univoca lettura a tale nozione: se, di norma, la Corte tende ad interpretare in maniera diversificata medesimi concetti a seconda del contesto in cui vengano collocati, nel caso di specie, l'esigenza di assicurare un'applicazione più ampia possibile delle garanzie poste a tutela della libertà personale ha invece condotto i giudici a valorizzare una definizione di trattenimento che potesse riscontrarsi identicamente tanto nell'ambito di un procedimento di valutazione di una domanda di protezione, quanto nel contesto di una procedura di rimpatrio.

Un ulteriore aspetto che si intende richiamare concerne la valenza applicativa che il *decisum* della Corte in merito agli obblighi di riesame delle domande ritenute illegittimamente irricevibili possa rivestire all'interno dell'ordinamento italiano.

Si fa riferimento, in particolare, all'introduzione, con il d.l. n. 113/2018 (convertito con l. n. 132/2018), di un'ipotesi di inammissibilità della domanda, «[n]el caso in cui lo straniero abbia presentato una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale» (art. 29-*bis* d.lgs. 25/2008). In questa ipotesi, l'inammissibilità — che esclude anche l'esame preliminare normalmente effettuato sulle domande reiterate —, trova giustificazione nella circostanza per cui, soltanto perché la domanda sia stata proposta in costanza di un provvedimento di allontanamento dal territorio dello Stato, si presume presupponga lo scopo di voler ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento stesso.

Orbene, il tenore della norma, nonché l'applicazione concreta che ne è seguita — che ha visto radicare in capo alla questura la competenza per la valutazione di ammissibilità della domanda reiterata — hanno suscitato alcune perplessità quanto alla sua conformità al diritto europeo, tanto da spingere alcuni Tribunali nazionali⁸³ a disapplicare la disposizione, annullando il provvedimento di inammissibilità emesso dalla questura e affidando alle Commissioni territoriali (ordinariamente

83. Tribunale di Milano, decreto pubblicato il 13 novembre 2019 (R.G. 20031/19).

deputate all'esame delle domande di asilo) il compito di effettuare il vaglio preliminare di ammissibilità nei confronti della domanda reiterata.

Dunque, pur trattandosi di una fattispecie differente rispetto a quella sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, l'orientamento espresso nella pronuncia analizzata, da un lato, corrobora la posizione della giurisprudenza nazionale, nell'ottica di una tutela effettiva, e, dall'altro, può assumere rilevanza laddove dovesse invece farsi applicazione dell'art. 29-*bis*: a fronte di una domanda reiterata, potrà sostenersi la sussistenza di un dovere per le autorità competenti – le Commissioni territoriali — di riassumere la procedura per vagliare l'ammissibilità dell'istanza, prima di esporre (eventualmente) il soggetto interessato ad un procedura di rimpatrio.

In conclusione, la Corte di giustizia, attraverso questa pronuncia, ha fornito spunti interpretativi significativi per assicurare un'applicazione sempre più armonizzata delle direttive in materia di asilo e la scelta di discostarsi dalla lettura effettuata dalla Corte EDU, per assicurare un livello di protezione più elevato e una tutela concreta e adeguata alla personale situazione dei soggetti coinvolti non può che essere apprezzata.

Tuttavia, come noto, le parole della Corte devono poi trovare concretezza nelle azioni degli Stati membri, perché gli obiettivi perseguiti vengano effettivamente raggiunti.

E sotto questo punto di vista, l'Ungheria ha reagito in maniera assolutamente indesiderata.

Dopo la pubblicazione della sentenza, il governo di Orbán, sebbene costretto a statuire la chiusura dei Centri di detenzione nelle zone di transito, nonché la liberazione degli stranieri in essi trattenuti, ha deciso di introdurre, con il decreto 233/2020, profonde modifiche al sistema di asilo, restringendo fortemente le possibilità di accesso alla protezione internazionale⁸⁴.

Una simile risposta alle indicazioni della Corte non può che suscitare profonde preoccupazioni circa le sorti della tutela dei richiedenti asilo in Ungheria e, pur non privando di valore la sentenza, fa quanto meno riflettere sulle concrete conseguenze che ne potranno derivare per il sistema europeo comune di asilo nel suo complesso. Un approccio così disfattista dovrà trovare una reazione da parte delle istituzioni, nella speranza che altri Stati membri dimostrino un'attenzione differente ai principi di solidarietà e leale collaborazione su cui si basa — o si dovrebbe basare — la politica dell'asilo.

84. Per un approfondimento sul punto, si veda: B. Nagy, *A – pyrrhic? – victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake*, in eumigrationlawblog.eu, June 2020.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

LA SENTENZA *M.N. E AL. C. BELGIO* ALLA LUCE DI *X E X*: LA CONFERMA DELLA PRUDENZA DELLE CORTI O UN IMPULSO ALLO SVILUPPO DI CANALI DI INGRESSO LEGALI EUROPEI?

di Fabrizia Camplone

Abstract: *La decisione di inammissibilità della Corte EDU M.N. e altri contro Belgio del 5 maggio 2020 riapre il dibattito sull'obbligatorietà per gli Stati membri di rilasciare visti umanitari, laddove il rifiuto esporrebbe i richiedenti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Le speranze che la pronuncia potesse rafforzare un potenziale canale di ingresso protetto sulla base dell'art. 25 del Codice dei visti erano già state disattese dalla precedente sentenza X e X della Corte di giustizia dell'UE. Seguendo un approccio estremamente formalista, i casi X e X e M.N. escludono la sussistenza di tale obbligo e sembrano essere piuttosto sensibili alla reticenza politica degli Stati membri sulla questione. L'articolo analizza la decisione M.N. alla luce del caso X e X, evidenziandone similitudini e criticità. Particolare attenzione è dedicata all'applicazione extraterritoriale dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Convenzione EDU, potenziali strumenti di tutela contro le violazioni legate alle politiche europee di non-entrée. Seppur deludenti sul piano della tutela dei diritti, le due pronunce confermano ulteriormente la necessità di sviluppi legislativi in materia di canali di ingresso legali, al fine di colmare questo vuoto giuridico che incide significativamente sull'accesso al diritto di asilo per i richiedenti asilo al di fuori delle frontiere europee.*

Abstract: *With its inadmissibility decision in M.N. and others against Belgium of 5 May 2020, the ECtHR reopens the debate around the obligation to grant humanitarian visas, whether its refusal would expose the applicants to the danger of inhuman or degrading treatment. With its earlier judgment X and X, the Court of Justice of the EU had already disappointed the expectations of strengthening a potential protected entry procedure, on the basis of art. 25 of the Visa Code. Following an extremely formalist approach, X and X and M.N. cases do exclude the existence of such obligation, while they rather appear to be susceptible to Member states political reluctance. This article analyses the decision M.N. in the light of X and X case, pointing out their similarities and critical issues. Special attention is paid to the extraterritorial application of the rights set out in the EU Charter of fundamental rights and in the European Convention on Human Rights, potential instruments of protection against violations related to European policies of non-entrée. Despite the deception on a human rights protection level, the two judgments further confirm the need of law-making developments in the field of legal entry channels, aiming to fill this legal vacuum which significantly affects the access to the right of asylum for those outside the European borders.*

LA SENTENZA *M.N. E AL. C. BELGIO* ALLA LUCE DI *X E X*: LA CONFERMA DELLA PRUDENZA DELLE CORTI O UN IMPULSO ALLO SVILUPPO DI CANALI DI INGRESSO LEGALI EUROPEI?

di Fabrizia Camplone*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Codice dei visti e la discrezionalità del regime derogatorio per *motivi umanitari*. – 3. La sentenza *X e X c. Belgio*: il visto umanitario sottratto dall’attuazione del diritto dell’Unione. – 4. La decisione *M.N. e altri contro Belgio*: il nodo della giurisdizione. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Le Corti di Lussemburgo e Strasburgo si sono trovate a decidere, a distanza di pochi anni, sul medesimo oggetto. Ad entrambe è stato chiesto di pronunciarsi sulla possibilità di riconoscere un obbligo di rilascio del visto umanitario, un potenziale canale di ingresso legale e sicuro per persone bisognose di protezione internazionale ricavabile dal Codice dei visti Schengen. Le due Corti, rispettivamente con la sentenza *X e X*¹ della Corte di giustizia UE e la decisione *M.N.*² della Corte EDU, hanno escluso questa possibilità.

L’importanza di questa pronuncia degli organi giudiziari è dovuta ad un grande paradosso del sistema di asilo europeo: se è vero che la protezione internazionale è un diritto tutelato nel quadro normativo dell’Unione europea, è anche vero che tale diritto può essere esercitato esclusivamente sul territorio dell’UE e allo stato attuale non esiste un sistema organico di ingresso per i richiedenti protezione internazionale. Dunque al momento le persone bisognose sono costrette a ricorrere a viaggi pericolosi e irregolari, affidandosi a trafficanti di esseri umani e rischiando la vita pur di attraversare la frontiera più pericolosa del mondo³ e successivamente poter presentare richiesta di protezione.

* Dottoressa in Relazioni e Istituzioni dell’Asia e dell’Africa presso l’Università degli Studi di Napoli “L’Orientale”.

1. Corte di giustizia, sentenza del 7.3.2017, *X e X c. État belge*, causa C-638/16 PPU.

2. Corte EDU, sentenza del 5.5.2020, *M.N. e altri contro Belgio*, ric. n. 3599/18.

3. M. Sanchez Dionis, K. Dearden, *Missing Migrants Project data: A global overview*, in *Fatal Journeys Volume 4: Missing Migrant Children*, a cura di F. Laczko, J. Black, A. Singleton, IOM, 2019, p. 40. Disponibile online: https://publications.iom.int/system/files/pdf/fatal_journeys_4.pdf.

2. Il Codice dei visti e la discrezionalità del regime derogatorio per *motivi umanitari*

In mancanza di procedure di ingresso protetto⁴ nel territorio europeo esclusivamente rivolte a persone bisognose di protezione internazionale, queste ultime sono soggette alla normativa generale in materia di immigrazione. L'ingresso regolare di lungo soggiorno dei cittadini di Paesi terzi è ancora oggetto della disciplina nazionale degli Stati membri, ad eccezione di determinate categorie di persone, a cui si indirizzano specifiche direttive settoriali⁵. Un ambito nel quale si è raggiunta invece una piena armonizzazione a livello europeo è quello dell'ingresso e soggiorno di breve durata, regolato dal regime di Schengen, adottato sulla base giuridica dell'art. 77 par. 2 TFUE. I requisiti e le procedure per l'ottenimento di un visto Schengen sono contenuti nel Codice dei visti⁶, che si applica a tutti i cittadini dei Paesi terzi soggetti all'obbligo del visto nell'attraversamento delle frontiere esterne dell'UE⁷. Ad oggi, l'obbligo del visto per l'ingresso nell'UE è richiesto a circa l'80% della popolazione mondiale e questo regime restrittivo si applica indistintamente ai c.d. migranti economici così come ai richiedenti protezione internazionale. È doveroso ricordare inoltre che la quasi totalità dei richiedenti protezione nell'Unione europea proviene da Paesi soggetti all'obbligo del visto⁸.

4. Il termine è qui utilizzato secondo la definizione di «(...) overarching concept for arrangements allowing a non-national (I) to approach the potential host state outside its territory with a claim for asylum or other form of international protection, and (II) to be granted an entry permit in case of a positive response to that claim, be it preliminary or final» in G. Noll, J. Fagerlund, F. Liebaut, *Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background of the Common European asylum system and the goal of a Common asylum procedure*, Danish Centre for Human Rights, 2002, p. 14.

5. Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, GU L 155, Bruxelles, 18.6.2009, pp. 17-29; Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, GU L 94, Bruxelles, 28.3.2014, pp. 375-390; Direttiva 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari, GU L 157, Bruxelles, 27.5.2014, pp. 1-22; Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari, GU L 132, Bruxelles, 21.5.2016, pp. 21-57.

6. Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (Codice dei visti), GU L 243, Bruxelles, 15.9.2009 pp. 1-58, così come modificato dal Regolamento (UE) 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, recante modifica del Regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (Codice dei visti), GU L 188, Bruxelles, 12.7.2019, pp. 25-54.

7. La lista dei Paesi soggetti all'obbligo è contenuta nel Regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, GU L303, Bruxelles, 28.11.2018, pp. 39-58.

8. Nel 2019, le richieste di asilo più numerose nell'Unione europea sono state presentate da cittadini con nazionalità siriana, afghana e venezuelana. Informazioni ricavabili dalla consultazione dei dati EUROSTAT sui richiedenti asilo nell'UE: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/main-tables>.

Il Codice dei visti disciplina principalmente due tipologie di visto: il visto uniforme Schengen (di tipo C), valido per l'ingresso e il soggiorno sul territorio di tutti gli Stati membri fino a 90 giorni su un periodo totale di 180, e il visto con validità territoriale limitata (VTL), valido solo per il territorio dello Stato membro di rilascio del visto, sempre per un massimo di 90 giorni⁹. È proprio dalla disciplina del visto VTL, contenuta nell'art. 25 del Codice, che sarebbe possibile dedurre lo strumento del visto umanitario, canale di ingresso oggetto delle decisioni della Corte di giustizia e della Corte EDU. Tale visto potrebbe essere richiesto direttamente nelle ambasciate e nei consolati dei Paesi terzi, in modo da permettere alle persone bisognose di viaggiare in maniera legale e sicura verso l'UE e solo una volta giunte nel territorio di uno Stato membro presentare la loro richiesta di asilo.

L'articolo 25 stabilisce infatti che gli Stati membri, qualora lo ritengano necessario, possono rilasciare *eccezionalmente* visti con validità territoriale limitata in presenza di motivi umanitari, di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali¹⁰. Una volta riconosciuta una di queste circostanze, è possibile derogare a requisiti generali previsti per il rilascio del visto uniforme Schengen, quali ad esempio il possesso di un documento di viaggio valido o mezzi di sussistenza sufficienti per il soggiorno¹¹. A conferma della possibilità di dedurre la disciplina dello strumento del visto umanitario a partire dalle disposizioni del Codice dei visti vi è anche l'art. 33 par. 1, che prevede la possibilità di prorogare il periodo di validità del visto in presenza di ragioni umanitarie che impediscono al cittadino di Paese terzo di lasciare il territorio degli Stati membri. Anche il primo ostacolo da superare per il richiedente visto, come la ricevibilità della sua domanda, potrebbe essere superato sulla base dell'art. 19 par. 4, che apre alla deroga per motivi umanitari di requisiti verosimilmente difficili da ottenere per potenziali richiedenti asilo, quali la presentazione di tutti i documenti necessari o il pagamento dei diritti per il visto, confermato anche nell'art. 16 par. 6. Inoltre, sebbene il possesso del visto non comporti un automatico diritto di ingresso nel territorio degli Stati¹², anche il Codice frontiere Schengen prevede delle disposizioni a tutela delle persone bisognose di protezione internazionale. *In primis*, l'art. 4 sottolinea che le disposizioni del Regolamento in questione si applicano nel rispetto dei diritti dell'Unione, compresa la Carta dei diritti fondamentali, la Convenzione di Ginevra e l'obbligo di *non refoulement*. In seguito l'art. 6 par. 5 lett. c) tra le fattispecie nelle quali è

9. Il Codice dei visti disciplina anche il visto di transito aeroportuale (di tipo A), che è richiesto solo per un numero esiguo di Paesi terzi, elencati nell'Allegato IV del Codice dei visti.

10. Regolamento (CE) n. 810/2009, cit., art. 25 par. 1 lett. a).

11. Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), GU L 77, Bruxelles, 23.3.2016, pp. 1-52, art. 6 par. 1 lett. a), c), d), e).

12. Regolamento (CE) n. 810/2009, cit., art. 30.

possibile derogare alle condizioni stabilite dal Regolamento prevede la sussistenza di motivi umanitari ed il rispetto degli obblighi internazionali.

Da una lettura sistematica dei principali strumenti della politica dei visti europea, il Codice dei visti e il Codice frontiere Schengen, sembra essere indubbia la possibilità di interpretare le disposizioni a vantaggio del rilascio di visti umanitari. D'altra parte la vaghezza della normativa europea lascia alle autorità degli Stati membri un ampio margine discrezionale nel decidere sulla concessione di questa tipologia di visto.

Innanzitutto, il legislatore europeo non fornisce una definizione di «motivi umanitari» e «obblighi internazionali» e l'interpretazione di tali nozioni non è chiarita neanche nel Manuale procedure, presentato dalla Commissione come strumento di supporto nell'applicazione del Codice dei visti. Negli esempi forniti dal Manuale riguardo i motivi umanitari si fa riferimento a circostanze relative a particolari condizioni di salute del richiedente visto o di un suo familiare¹³. L'interpretazione è dunque pienamente lasciata alla discrezionalità delle autorità statali.

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, allo stato attuale non esiste un *iter* separato ed autonomo attraverso il quale i richiedenti asilo possono richiedere espressamente un visto VTL per motivi umanitari¹⁴. Tutte le domande di visto sono esaminate seguendo la procedura ordinaria e solo, ancora una volta, *eccezionalmente* le autorità statali possono discrezionalmente procedere ad accertare la sussistenza di motivi umanitari o obblighi internazionali. In seguito, nel disciplinare all'art. 19 par. 4 le condizioni di ricevibilità di una domanda di asilo il legislatore europeo ha previsto un regime derogatorio solo in sussistenza di motivi umanitari o ragioni di interesse nazionale, senza riferimento al rispetto degli obblighi internazionali previsto dall'art. 25¹⁵. Si potrebbe dunque verificare uno scenario in cui una domanda di visto VTL, potenzialmente fondata in virtù del regime previsto dall'art. 25, potrebbe essere dichiarata non ricevibile a fronte delle minori deroghe previste dall'art. 19 par. 4 dello stesso Codice dei visti. Una tale decisione verrebbe dunque presa ancor prima di valutare la sussistenza di circostanze tali da giustificare la concessione di un visto VTL, con il rischio di minare fortemente le garanzie umanitarie del Codice dei visti.

13. Decisione della Commissione del 19 marzo 2010 che istituisce il manuale per il trattamento delle domande di visto e la modifica dei visti già rilasciati, C(2010) 1620 definitivo, Bruxelles, 19.3.2010, p. 68.

14. Si veda in proposito l'Allegato I del Codice dei visti contenente il modulo per la presentazione della domanda, generalmente denominato «Domanda di visto per gli Stati Schengen». Il modulo non prevede nessuna possibilità di scegliere la tipologia di visto desiderata.

15. U.I. Jensen, *Humanitarian Visas: Option or Obligation?*, Studio per la Commissione Libertà Civili, Giustizia e Affari Interni (LIBE) del Parlamento Europeo, Bruxelles, 2014, pp. 25-26; K. Pollet, *A Common European Asylum System under Construction: Remaining Gaps, Challenges and Next Steps*, in *Reforming the Common European Asylum System*, a cura di V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani, Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 90-91.

Tale incertezza giuridica è ulteriormente minata dalla dubbia possibilità di appello in caso di diniego di visto VTL, non disciplinata nell'art. 32 par. 3 del Codice dei visti¹⁶. La richiesta di un visto VTL gode quindi di deboli tutele procedurali, dunque l'interpretazione delle disposizioni da parte degli Stati membri può incidere considerevolmente sull'intero procedimento.

Inoltre la stessa formulazione dell'articolo 25 del Codice dei visti è estremamente ambigua, poiché da una parte prevede un obbligo di rilascio del visto VTL per gli Stati membri che sembra configurarsi solo *eccezionalmente*, d'altra parte riconosce l'ampio margine di apprezzamento lasciato alle autorità statali, che sono chiamate al rispetto di quest'obbligo solo qualora lo ritengano *necessario*¹⁷.

Tale discrezionalità statale si è tradotta in prassi nazionali che hanno portato avanti un «flexible use of the visa regime¹⁸» per finalità di protezione internazionale. Si tratta tuttavia di iniziative disomogenee ed autonome¹⁹, in mancanza di una normativa organica a livello di diritto dell'Unione.

Anche il Belgio, Stato membro coinvolto in entrambe le vicende all'origine delle due sentenze, ha avviato una prassi nazionale in materia di visti VTL. Nel 2015, dunque in concomitanza con la cosiddetta crisi dei rifugiati nel Mediterraneo, ha predisposto due *opérations de sauvetage* indirizzate in particolar modo a cittadini siriani cristiani di Aleppo, ai quali era rilasciato un visto umanitario ai sensi dell'art. 25 del Codice al fine di raggiungere il territorio belga e si immagina che simili iniziative siano state condotte, senza essere pubblicizzate, anche negli anni successivi²⁰. Nel 2016 su 784 domande totali di visti umanitari di breve soggiorno ai sensi del Codice dei visti, ben 772 richieste sono state accolte positivamente²¹. Verosimilmente quindi i ricorrenti di *X e X e M.N.* sono stati

16. Sul punto: U.I. Jensen, *op. cit.*, p. 21; F.L. Gatta, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, n. 1.2019, 12.6.2019, p. 11; S. Peers, E. Guild, J. Tomkin, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Volume 1: Visas and Border Controls, Brill Nijhoff, 2012, p. 261.

17. K. Pollet, *op. cit.*, p. 90.

18. C. Hein, M. De Donato, *Exploring Avenues for Protected Entry in Europe*, a cura di L. Facchi, Milano, Cooperativa sociale Inlavoro ONLUS, 2012, p. 27.

19. Per un'esposizione delle diverse prassi nazionali in merito all'utilizzo del visto VTL a fini di protezione internazionale: EMN, *Visa policy as migration channel*, 2012, disponibile online: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/migration-channel/00b_synthesis_report_visa_policy_as_migration_channel_final_april2013_en.pdf, p. 19; U.I. Jensen, *op. cit.*, pp. 42-48; V. Moreno-Lax, *The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas – Legal Aspects*, Parlamento europeo, DG EPRS, Bruxelles, 2018, pp. 28-42.

20. Secondo le parole sul suo blog dell'ex Segretario di Stato per l'asilo e la migrazione Theo Francken, in carica dal 2014 al 2018, l'operazione di salvataggio di Aleppo nel 2015 è stata un inizio, non una fine. *600 Syrische Christenen gered*, 16.4.2017. Disponibile online: <https://theotuurt.wordpress.com/2017/04/16/600-syrische-christenen-gered/>.

21. Myria, *La migration en chiffres et en droits 2017*, 15.6.2017, p. 74 e ss. Disponibile online: https://www.myria.be/files/FOCUS_visa_humanaire.pdf. Tra questi, 448 cittadini erano inseriti nel programma di

influenzati da questa prassi del governo belga nella scelta della rappresentanza diplomatica in cui presentare la loro domanda di visto. L'ambiguità attorno ai criteri e alle procedure di attribuzione dei visti umanitari in Belgio è stata tuttavia oggetto di uno scandalo politico e giudiziario²², a conferma della poca trasparenza nell'utilizzo di questo strumento all'epoca dei fatti da parte delle autorità belghe.

Nonostante l'ampio dibattito scaturito negli ultimi anni riguardo la necessità di aprire canali di ingresso legali e sicuri²³, finora non si sono registrati progressi sul piano legislativo. La responsabilità nel sancire un obbligo per gli Stati membri di rilascio di un visto umanitario al fine di prevenire trattamenti vietati dalla Carta dei diritti fondamentali UE e dalla CEDU è stata trasferita dunque alla Corte di giustizia UE e alla Corte EDU.

3. La sentenza *X e X c. Belgio*: il visto umanitario sottratto dall'attuazione del diritto dell'Unione

La sentenza trae origine dalla vicenda di due coniugi siriani con tre figli minorenni originari di Aleppo che il 12 ottobre 2016 si recano al consolato belga di Beirut, Libano, per richiedere un visto umanitario VTL. Per supportare la loro domanda, i coniugi manifestano esplicitamente la loro intenzione di far ingresso in Belgio al fine di presentare poi richiesta di protezione internazionale²⁴. La famiglia appartiene alla minoranza religiosa cristiano ortodossa, verso la quale vi erano seri e comprovati motivi per temere di essere oggetto di persecuzione da parte di gruppi armati in Siria. In aggiunta, uno dei componenti dichiara di esser stato sequestrato, percosso e torturato da un gruppo terrorista e di essere stato liberato solo in seguito al pagamento di un riscatto. La famiglia è infine impossibilitata a trovare protezione nel vicino Libano, Paese non firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951 e dove persino l'UNHCR, responsabile della registrazione dei rifugiati nel Paese all'inizio del conflitto siriano, ha interrotto le sue operazioni a partire dal maggio 2015.

reinsediamento, mentre i restanti 324 erano probabilmente beneficiari di un'operazione di salvataggio, seppur non pubblicizzata dal governo. *Ivi*, p. 76.

22. J. Stone, *Right-wing Belgian councillor from anti-immigration party arrested for 'selling visas to refugees'*, Independent, 21.1.2019 <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/melikan-kucam-arrested-belgium-visa-sold-refugees-flemish-national-alliance-nva-immigration-a8738171.html>; J.P. Stroobants, *En Belgique, un élu nationaliste arrêté pour trafic de visas humanitaires*, Le Monde, 16.1.2019 https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/16/en-belgique-un-elu-nationaliste-arrete-pour-traffic-de-visas-humanitaires_5410099_3210.html; RTBF, *Théo Francken mis en cause pour sa gestion des visas humanitaires*, 13.3.2019 <https://www.rtb.be/info/belgique/detail-theo-francken-mis-en-cause-pour-sa-gestion-des-visas-humanitaires?id=10169306>.

23. Tra questi: Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione, 2015/2095(INI). Disponibile online: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0102_IT.html.

24. I ricorrenti avevano manifestato la loro intenzione nel punto 23 del modulo per la presentazione della domanda, Allegato I del Codice dei visti.

Dunque tutti gli elementi sembrano confermare la sussistenza dei motivi umanitari alla base della loro domanda.

Il 12 ottobre 2016 l'*Office des étrangers* (da qui, l'Office) rifiuta il visto chiamando in causa l'art. 32 par. 1 lett. b) del Codice dei visti, data l'intenzione dei richiedenti di soggiornare in Belgio per un periodo superiore ai 90 giorni. I ricorrenti presentano ricorso di urgenza davanti al *Conseil du contentieux des étrangers* (da qui, il Conseil), Tribunale belga competente per i ricorsi per rifiuto di visto. L'8 dicembre il Conseil sospende il procedimento e chiede alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi, tramite rinvio pregiudiziale, in merito all'interpretazione dell'art. 25 del Codice. In particolare, il Tribunale belga solleva due questioni:

I) se gli obblighi internazionali tutelati dall'art. 25 par. 1 lett. a) si riferiscono all'insieme dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, compresi artt. 4 e 18, e comprendono anche gli obblighi imposti dalla CEDU ed il principio di *non refoulement* sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra;

II) se, una volta accertato il rischio di violazione di questi obblighi internazionali, lo Stato membro competente per l'esame della domanda è obbligato al rilascio di un visto VTL e se incide sull'esistenza di questo obbligo la presenza di collegamento tra il cittadino e lo Stato membro per cui si richiede il visto (legami familiari, garanti, sponsor, ecc.)²⁵.

La pronuncia della Corte, estremamente sintetica nella sua formulazione, è per diversi aspetti contraddittoria. Innanzitutto la Corte accoglie la domanda del giudice belga di sottoporre tale rinvio pregiudiziale al procedimento di urgenza, poiché il rischio dei ricorrenti di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti costituisce un elemento di urgenza tale da giustificare il ricorso a tale procedura²⁶. In seguito la Corte, in contrasto con l'opinione del governo belga, si dichiara competente a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali, in quanto aventi ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione di un atto dell'Unione europea²⁷. Le premesse sembrano anticipare un ragionamento sistematico e approfondito sulle questioni sollevate, ma subito la Corte inverte la sua posizione. La Corte afferma infatti che la richiesta dei coniugi siriani, vista la loro intenzione di chiedere asilo in Belgio dopo il loro arrivo, in realtà avrebbe un oggetto differente dal visto Schengen, ossia un visto o un titolo di soggiorno di lunga durata. Poiché l'Unione non ha ancora adottato una normativa organica sui titoli di soggiorno oltre i 90 giorni, la fattispecie resta di competenza della disciplina nazionale degli Stati membri²⁸. Le questioni pregiudiziali

25. Corte di giustizia, *X e X c. État belge*, cit., par. 28.

26. *Ivi*, parr. 29-34.

27. *Ivi*, parr. 35-37.

28. *Ivi*, par. 42 e par. 44.

sollevate in merito all'art. 25 non rientrano quindi nell'ambito di applicazione del Codice dei visti, ai sensi dell'art. 1 del Codice, che ne limita lo scopo ai soggiorni non superiori ai 90 giorni²⁹. Di conseguenza, poiché la fattispecie non è disciplinata dal diritto dell'Unione, secondo la Corte gli obblighi degli artt. 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali non risultano applicabili³⁰. Infatti gli obblighi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali vincolano gli Stati membri solo nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione³¹. Nel caso di *X e X* dal momento in cui la domanda dei coniugi siriani non rientra nello scopo del Codice, dunque atto dell'Unione, viene meno il nesso necessario per l'applicazione dei diritti tutelati dalla Carta. Ancora in maniera controversa, la Corte aggiunge che una pronuncia tesa ad aprire la possibilità di richiedere visti umanitari direttamente presso le autorità consolari dello Stato membro sarebbe contraria all'impianto del sistema di asilo stabilito dal Regolamento n. 604/2013 (Regolamento Dublino) e della Direttiva 2013/32 (Direttiva procedure). L'attuale sistema permette infatti di presentare la propria richiesta di asilo solo sul territorio o alla frontiera di uno Stato membro³², mentre il rilascio di un visto umanitario equivarrebbe a presentare una domanda di asilo direttamente presso una rappresentanza diplomatica, esplicitamente esclusa dalla Direttiva procedure³³, e permetterebbe anche al cittadino di Paese terzo di scegliere lo Stato membro nel quale presentare domanda di protezione.

Attraverso questo approccio estremamente formalistico, in linea anche con la posizione assunta dagli Stati membri intervenuti in causa, la Corte non entra nel merito delle questioni sollevate dai ricorrenti, a dispetto delle circostanze eccezionali in cui versano questi ultimi, da essa stessa riconosciute. La sentenza si pone in netto contrasto con le opinioni precedentemente espresse dall'Avvocato Generale Mengozzi, che riteneva invece di poter ricavare un obbligo positivo per gli Stati membri nel rilascio del visto a partire dalle disposizioni del Codice. Secondo Mengozzi infatti la Carta dei diritti fondamentali non rientra tra gli obblighi internazionali di cui all'art. 25 ma è essa stessa fonte primaria di diritto dell'Unione, dunque gli Stati membri sono tenuti al suo rispetto in virtù della loro

29. *Ivi*, par. 43.

30. *Ivi*, part. 45.

31. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, GU C 202, Bruxelles, 7.6.2016, pp. 389-405, art. 51 par. 1.

32. Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, GU L 180, Bruxelles, 29.6.2013, pp. 60-95, art. 3 par. 1; Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide, GU L 180, Bruxelles, 29.6.2013, pp. 31-59, art. 3 par. 1.

33. Direttiva 2013/32/UE, cit., art. 3 par. 2.

adesione all'Unione³⁴. In merito al criterio di applicazione della Carta previsto dall'art. 51, Mengozzi non ha dubbi nel ritenere che il rilascio o il rifiuto di un visto da parte delle autorità degli Stati membri rappresenti una chiara applicazione del diritto dell'Unione³⁵. Pur riconoscendo il potere discrezionale conferito agli Stati membri nell'esame di una domanda di visto VTL, l'ampiezza di tale discrezionalità è sempre circoscritta dal diritto dell'Unione e quindi dal rispetto dei diritti sanciti nelle fonti primarie³⁶. Pertanto, le autorità belghe erano tenute a rispettare gli artt. 4 e 18 della Carta. In merito alla seconda questione pregiudiziale, l'Avvocato sostiene che una volta accertato il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti sussiste un *obbligo positivo* in capo agli Stati membri al rilascio di visti VTL, al fine di evitare di esporre i richiedenti a trattamenti proibiti dall'art. 4 della Carta³⁷. Nel caso di specie, è indiscutibile che le autorità belghe fossero a conoscenza della drammatica crisi umanitaria causata dal conflitto siriano, particolarmente dura nella città di Aleppo, così come erano a conoscenza della situazione soggettiva della famiglia. Pertanto, nel rifiutare il visto ai ricorrenti, le autorità violavano le tutele previste dall'art. 4 della Carta e li privavano di una via legale per esercitare il loro diritto di richiedere protezione internazionale³⁸.

Paradosso di questa sentenza è che sembra essere la manifesta volontà della famiglia di richiedere protezione internazionale, dunque restare in Belgio, che permette alla Corte di non pronunciarsi sul merito della questione. Si deve quindi ipotizzare che se i ricorrenti avessero mentito sullo scopo del loro viaggio, richiedendo un visto uniforme a scopi turistici, avrebbero almeno avuto diritto ad un esame sostanziale della loro domanda nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione³⁹? Anche su questo punto, un ragionamento diverso da quello pronunciato dalla Corte sarebbe stato possibile. Come sostenuto anche dall'Avvocato Generale, l'intenzione dei ricorrenti di chiedere protezione internazionale in Belgio «non può modificare né la natura né l'oggetto delle loro domande⁴⁰». Non si comprende infatti perché la Corte abbia ignorato l'utilizzo dell'art. 32 del Codice visti, che in linea con suo il ragionamento avrebbe comportato il rifiuto del visto a causa dell'intenzione dei ricorrenti di soggiornare per un periodo superiore ai 90 giorni. In tal caso però il rifiuto di un visto ai sensi di una disposizione del Codice avrebbe rappresentato senza dubbio un'applicazione del diritto dell'Unione, soggetta quindi al rispetto degli obblighi sanciti dalla Carta dei diritti

34. Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi presentate il 7.2.2017 nella causa C-638/16 PPU, *X e X contro État belge*, par. 73.

35. *Ivi*, par. 80.

36. *Ivi*, par. 129.

37. *Ivi*, parr. 137-139.

38. *Ivi*, par. 163.

39. Sul punto: G. Raimondo, *Visti umanitari: il caso X e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, in *Sidiblog*, www.sidiblog.org, 1 maggio 2017.

40. *Ivi*, par. 50.

fondamentali. Questo ragionamento avrebbe quantomeno permesso una valutazione approfondita da parte della Corte delle circostanze in cui versavano i ricorrenti e dunque del loro rischio di essere sottoposti a trattamenti vietati dall'art. 4 della Carta. In una lettura ancor più progressista, Mengozzi ricorda che secondo la formulazione dello stesso art. 32, le sue previsioni si applicano «ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 25, paragrafo 1». Secondo l'Avvocato, tale precisazione del legislatore dovrebbe essere interpretata come una garanzia di non applicazione dei motivi di rifiuto contenuti nell'art. 32, tra cui i dubbi sull'intenzione di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto, in presenza di ragioni umanitarie che giustificano il rilascio di un visto VTL⁴¹. È necessario ricordare che questa intenzione del legislatore sembra essere confermata anche dall'art. 33, che permette di prorogare il periodo di validità del visto in presenza di ragioni umanitarie⁴².

Per quanto riguarda il timore della Corte di minare l'attuale sistema di asilo europeo attraverso una pronuncia diversa, sembra che qui la necessità di prevenire il *visa shopping*⁴³ si sovrapponga al rischio di *asylum shopping*. Come osservato⁴⁴ tale posizione è frutto di una confusione tra il regime di migrazione legale e protezione internazionale. In realtà, la peculiarità dello strumento del visto umanitario rispetto ad altre procedure di ingresso protetto come il reinsediamento o l'asilo diplomatico è dato dal fatto che le persone bisognose di protezione si servirebbero del visto esclusivamente per l'ingresso, presentando poi protezione internazionale sul territorio dello Stato membro. Il loro *status* giuridico di soggiornanti di breve periodo si trasformerebbe dunque in quello di richiedenti asilo⁴⁵. Solo una valutazione preliminare della sussistenza di motivi umanitari per il rilascio del visto si svolgerebbe nei consolati dei Paesi terzi, ma la valutazione nel merito per il riconoscimento della protezione internazionale avverrebbe solo sul territorio dello Stato membro. Inoltre lo stesso testo del Regolamento Dublino sembra contraddire l'argomentazione della Corte, dal momento in cui prevede tra i criteri per stabilire lo Stato membro competente per l'esame della protezione internazionale anche lo Stato di rilascio del visto di ingresso⁴⁶. Sembra infine paradossale questa strenua difesa di un sistema comune di asilo che già da tempo si è mostrato strutturalmente inadeguato e iniquo.

41. *Ivi*, parr. 114-119.

42. Sul punto anche A. Del Guercio, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, 12.5.2017, p. 15.

43. Regolamento (CE) n. 810/2009, cit., considerando n. 14.

44. S. Morgades-Gil, *Humanitarian Visas and EU Law: Do States Have Limits to Their Discretionary Power to Issue Humanitarian Visas*, in *European Papers*, n. 3.2017, p. 1010.

45. Con tutte le garanzie previste da tale regime, tra cui il diritto a restare oltre i 90 giorni in quanto richiedenti asilo, ai sensi dell'art. 9 par. 1 Direttiva 2013/32/UE. Sul punto anche l'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni, par. 53.

46. Regolamento (UE) n. 604/2013, cit., art. 12 par. 2.

In definitiva, la decisione sembra risentire molto dell'alta sensibilità politica degli Stati membri verso l'apertura di canali di ingresso sicuri. Ne è una dimostrazione l'ampio numero di Stati che sono entrati in causa, ben quattordici, a sostenere l'impossibilità di poter dedurre un canale di ingresso a partire dal Codice dei visti. Gli Stati temevano che una pronuncia diversa avrebbe potuto rappresentare un potenziale *pull factor* per i richiedenti asilo, causando un aumento massivo delle richieste di visto che avrebbe compromesso la capacità amministrativa delle rappresentanze consolari all'estero. Sebbene sia doveroso ricordare che la *paura dei numeri* non rappresenti un'argomentazione giuridica⁴⁷, è evidente in questo caso la volontà della Corte di non sostituirsi al legislatore. Come ben ricordato⁴⁸, sebbene la decisione della Corte sia molto deludente sul piano della tutela dei diritti, purtroppo una pronuncia diversa sarebbe stata in contrasto con il clima politico, che non è stato preso in considerazione né dalla Corte né dell'Avvocato Mengozzi. Il *focus* attuale della cooperazione internazionale e delle rappresentanze diplomatiche degli Stati membri è volto ad aumentare gli sforzi dei Paesi di origine e di transito nel contenimento dei flussi migratori e di certo non è volto a promuovere l'apertura di canali di ingresso legali. Tuttavia la Corte avrebbe potuto quantomeno ricordare il sistema di tutela dei diritti fondamentali vigente nell'impianto dell'Unione e gli obblighi cui sono vincolati gli Stati membri⁴⁹, a partire dall'art. 2 TUE, in cui la salvaguardia dei diritti fondamentali è riconosciuta come valore fondante dell'azione dell'Unione.

Ad ogni modo, l'Avvocato Generale e la Corte concordano su un punto: se una situazione giuridica rientra nell'ambito del diritto dell'Unione, la Carta dei diritti fondamentali si applica sia all'interno dell'Unione quanto all'esterno, confermando l'applicazione extraterritoriale dei diritti sanciti in essa⁵⁰. L'Unione europea è tenuta a rispettare gli obblighi sanciti dalla Carta «whenever it exercises its competences, both internally and externally, either directly or through the intermediation of the Member States “implementing EU law”»⁵¹. Tale punto è particolarmente rilevante in materia di tutela dei

47 V. Moreno-Lax, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <http://eumigrationlawblog.eu/>, 16.2.2017 e 21.2.2017, par. 10.2 <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/>; <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge-part-ii/>.

48. C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 11, n. 2, 2017, p. 555.

49. *Ivi*, p. 559.

50. Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, par. 89; Corte di giustizia, *X e X c. État belge*, cit., par. 26; J.J. Rijpma, *External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory*, in *European Papers*, n. 2, 2017, p. 579.

51. Moreno-Lax, C. Costello, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1682.

diritti di cittadini dei Paesi terzi alla luce della crescente tendenza dell'Unione ad esternalizzare il controllo e la gestione dei flussi migratori oltre le sue frontiere.

La sentenza della Corte lascia comunque aperte due strade: da una parte riconosce che la sua decisione è coerente con lo stato attuale del diritto dell'Unione, dunque esorta indirettamente ad un intervento legislativo europeo sullo strumento del visto umanitario⁵². D'altra parte, ribadisce che tale pronuncia non incide sulla facoltà degli Stati membri di rilasciare discrezionalmente visti umanitari⁵³, bensì esclude che le autorità consolari ne abbiano un obbligo a titolo di diritto dell'Unione. In seguito a questa pronuncia lo stesso governo belga ha modificato la sua prassi nel rilascio di visti umanitari. Ora i beneficiari del programma di reinsediamento o delle operazioni di salvataggio non ricevono più un visto VTL ai sensi dell'art. 25 del Codice, bensì ottengono un visto nazionale di tipo D, ai sensi degli artt. 9 e 13 della legge belga sugli stranieri. Nel 2015 i visti di breve soggiorno rappresentavano l'86% dei visti umanitari totali, a dispetto di un 14% di visti di lungo soggiorno, mentre nel 2017 la proporzione si inverte a 90% per i visti di tipo D, contro un 10% di visti secondo il Codice Schengen⁵⁴.

Come possiamo vedere, a distanza di tre anni l'assenza di volontà politica verso l'apertura di nuovi canali di ingresso ed il mancato intervento da parte del legislatore europeo hanno portato verso medesime conclusioni anche la Corte EDU.

4. La decisione *M.N. e altri contro Belgio*: il nodo della giurisdizione

La vicenda all'origine della decisione è pressoché identica al caso *X e X*. Anche qui, i ricorrenti sono due coniugi siriani, con due figli minorenni, che il 22 agosto 2016, quindi anteriormente alla richiesta dei protagonisti della sentenza *X e X*, domandano un visto VTL al consolato belga di Beirut con lo scopo di richiedere poi protezione internazionale in Belgio. I coniugi motivano la loro domanda raccontando la tragica situazione in cui versa la famiglia in seguito all'assedio di Aleppo e affermano anche di essere in contatto con una famiglia belga disponibile ad accoglierli. La vicenda della famiglia è oggetto di un particolare rimbalzo di decisioni: l'Office des étrangers, come nel caso precedente, rigetta la richiesta della famiglia il 12 settembre 2016, sostenendo che vista l'intenzione di chiedere protezione in Belgio, i richiedenti si sarebbero dovuti servire di uno strumento diverso dal visto

52. Corte di giustizia, *X e X c. État belge*, cit., par. 51.

53. *Ibidem*.

54. Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, 26.6.2018, p. 39. Disponibile online: https://www.myria.be/files/MIGRA2018_FR_C3.pdf.

Schengen, quale un visto nazionale di lunga durata⁵⁵. L'Office sostiene inoltre che una decisione positiva costituirebbe un pericoloso precedente, data la natura eccezionale del visto umanitario di breve durata⁵⁶. Il Conseil du contentieux des étrangers il 7 ottobre 2016 sospende con provvedimento di urgenza la decisione di rigetto, sostenendo che il rifiuto esporrebbe la famiglia ad un serio rischio di violazione dell'art. 3 CEDU, e ordina all'Office di adottare una nuova decisione entro 48 ore. Nuovamente, l'Office emette due nuove decisioni di rifiuto il 10 e il 17 ottobre 2016. Il Conseil sospende ancora una volta la decisione e, tenendo conto delle circostanze in cui versano i ricorrenti e della necessità di assicurare l'effettività del ricorso, questa volta ordina all'Office di rilasciare un *laissez-passer* o un visto di breve durata per la famiglia siriana. L'amministrazione belga continua a non dare esecuzioni alle decisioni del Conseil. A questo punto i ricorrenti adiscono il Tribunale di prima istanza di Bruxelles, che ordina l'esecuzione delle decisioni e quindi il rilascio dei visti sotto penalità di mora. Successivamente la Corte di appello, adita dallo Stato belga, stabilisce che la decisione del Conseil non è più applicabile, visto che i ricorrenti non hanno mai presentato richiesta di annullamento della decisione iniziale di rigetto dell'Office del 12 settembre 2016 ed i termini sono ormai scaduti⁵⁷. La decisione dell'Office diventa così irrevocabile e definitiva e tutte le decisioni successive a questa sono da considerarsi inapplicabili. Infine, avendo esaurito tutte le vie di ricorso interne, la famiglia siriana adisce la Corte EDU il 10 gennaio 2018.

La questione di fondo sollevata dai ricorrenti è la medesima richiesta da *X e X*: gli Stati hanno un obbligo positivo al rilascio di visti umanitari laddove il rifiuto esporrebbe i soggetti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti? I ricorrenti sostengono infatti che il rifiuto delle autorità belghe di eseguire le misure ordinate dal Conseil, quindi il rilascio di un visto o *laissez-passer*, li abbia esposti a una situazione contraria all'art. 3 CEDU. La famiglia invoca anche la violazione dell'art. 6 par. 1, diritto ad un equo processo, e dell'art. 13, diritto ad un ricorso effettivo, in ragione dell'impossibilità di perseguire attraverso vie giudiziarie l'esecuzione delle misure ordinate dal Conseil. Il 5 maggio 2020 la Corte EDU dichiara il ricorso inammissibile.

In merito alla violazione dell'art. 3 e dell'art. 13, la Corte non entra nel merito della questione ma esclude che la fattispecie possa essere ricondotta sotto la giurisdizione belga, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione.

55. I ricorrenti chiedono effettivamente anche un visto di tipo D, per un soggiorno superiore ai 90 giorni, ma anche questa richiesta è rifiutata dalla autorità belghe nel dicembre 2016. (v. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 13).

56. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 12.

57. *Ivi*, par. 53. L'art. 39/82 della legge belga sugli stranieri prevede che qualora un cittadino presenti domanda di sospensione secondo la procedura di estrema urgenza, è tenuto richiedere un ricorso di annullamento entro i 30 giorni dalla notifica della decisione di rigetto del visto. Altrimenti scaduti detti termini la misura di sospensione è revocata.

Concordando con la posizione dello Stato belga e degli Stati intervenuti in causa, la Corte ritiene infatti che nessun modello di giurisdizione consolidato dalla sua giurisprudenza sia applicabile al caso. Poiché non è possibile ricondurre la fattispecie ad un esercizio di giurisdizione territoriale, la Corte analizza l'esistenza di circostanze eccezionali che potrebbero giustificare un esercizio extraterritoriale della giurisdizione belga. Innanzitutto, i ricorrenti non si sono mai trovati sul territorio belga così come non hanno nessun legame preesistente privato o familiare con lo Stato in questione⁵⁸. Inoltre, il Belgio non ha mai esercitato nessun controllo effettivo né sul territorio libanese né su quello siriano, escludendo quindi l'applicazione del paradigma spaziale di giurisdizione extraterritoriale⁵⁹. Per quanto riguarda l'applicazione del modello personale, in nessun momento vi è stato un controllo *de facto* sulla famiglia all'interno dell'ambasciata. Nella sua giurisprudenza, con controllo fisico la Corte ha fatto riferimento a circostanze di privazione della libertà, mentre i ricorrenti si sono volontariamente recati all'ambasciata belga di Beirut e autonomamente hanno deciso di allontanarsene e far rientro in Siria, senza alcuna forma di trattenimento da parte degli agenti consolari⁶⁰. Secondo la Corte non è possibile neanche ricondurre il caso ad atti o omissioni da parte degli agenti consolari presso l'ambasciata belga, poiché i ricorrenti lamentano in realtà il risultato dell'esame delle loro richieste di visto, e non la condotta degli agenti⁶¹. Infine, come già sostenuto nella sentenza *Abdul Wahab Khan*⁶², il mero fatto che i ricorrenti abbiano avviato, su loro stessa iniziativa, dei procedimenti amministrativi davanti ai Tribunali nazionali non è sufficiente a costituire un legame giurisdizionale⁶³. Una posizione diversa da questa si tradurrebbe in un'applicazione quasi-universale della Convenzione, sulla base di una scelta unilaterale del cittadino. Per gli Stati contraenti ciò comporterebbe un obbligo illimitato nel garantire l'ingresso sul proprio territorio di individui che rischiano di essere esposti a trattamenti vietati dalla Convenzione, anche al di fuori della loro giurisdizione⁶⁴ (o perlomeno della nozione di giurisdizione qui sostenuta). La Corte sostiene che una tale estensione dello scopo della Convenzione sarebbe anche in contrasto con il principio di diritto internazionale consuetudinario secondo cui gli Stati contraenti mantengono piena sovranità sul controllo dell'ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri.

58. *Ivi*, par. 115.

59. *Ivi*, par. 116.

60. *Ivi*, par. 118.

61. *Ivi*, par. 117.

62. Corte EDU, sentenza del 28.1.2014, *Abdul Wahab Khan c. Regno Unito*, ric. n. 11987/11.

63. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., parr. 121-123.

64. *Ivi*, par. 123.

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 6 par. 1, la Corte ne dichiara l'inammissibilità ancor prima di valutare la sussistenza di un legame giurisdizionale. Infatti, la Corte ritiene che vi sia in questo caso un'incompatibilità *ratione materiae*, poiché la violazione cui fanno riferimento i ricorrenti non riguarda un diritto o un obbligo civile. Nel caso in cui la decisione fosse stata eseguita e le autorità avessero rilasciato un visto non si sarebbe configurato infatti un diritto civile. Tale conclusione è coerente con la giurisprudenza della Corte⁶⁵, che ritiene che ogni decisione relativa all'immigrazione, dunque all'ingresso, soggiorno ed espulsione di uno straniero, non costituisce rispetto o violazione di un diritto di natura civile⁶⁶. Di conseguenza, poiché la violazione invocata dai ricorrenti non rientra in un diritto di natura civile, il ricorso è dichiarato inammissibile per quanto riguarda la violazione dell'art. 6 par. 1.

La Corte di Strasburgo fa inoltre un esplicito riferimento alla sentenza *X e X* della Corte di giustizia UE e si allinea a quanto affermato da quest'ultima, affermando dunque che allo stato attuale del diritto dell'Unione il rilascio di visti di lungo soggiorno rientra nelle competenze esclusive degli Stati nazionali⁶⁷, lasciando aperta ad ogni modo una possibilità in caso di evoluzione del quadro normativo. In entrambe le sentenze quindi a prevalere non è la tutela dei diritti umani ma piuttosto le istanze politiche degli Stati nazionali, intervenuti molto numerosi in entrambe le decisioni. In *M.N.* gli Stati raccomandavano alla Corte di non introdurre fattori di "disordine" o "instabilità" che avrebbero potuto danneggiare il sistema di protezione stabilito, invitando piuttosto ad una pronuncia restrittiva nei confronti dei ricorrenti⁶⁸.

Infine, la Corte di Strasburgo afferma che le proprie conclusioni non compromettono la possibilità degli Stati contraenti di facilitare l'accesso alle procedure di asilo presso le proprie rappresentanze diplomatiche all'estero⁶⁹, in linea con la posizione assunta nella sentenza *N.D. e N.T. contro Spagna*, emessa solo pochi mesi prima. In questa controversa sentenza, la Corte EDU non ha riconosciuto la violazione dell'art. 4 del Protocollo IV relativo al divieto di espulsioni collettive poiché i ricorrenti avevano tentato di far ingresso in Spagna irregolarmente, nonostante avessero la possibilità di ricorrere a canali di ingresso regolari per il territorio spagnolo, tra cui presentare richiesta di protezione internazionale presso le rappresentanze diplomatiche spagnole. In *N.D. e N.T.* la Corte esorta dunque a servirsi di ambasciate e consolati per accedere regolarmente al territorio di uno Stato parte,

65. Per una critica a tale giurisprudenza vedi A. Liguori, *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa*, in questa *Rivista*, n. 3.2009, pp. 29-65 e dottrina ivi citata.

66. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 137.

67. *Ivi*, par. 124.

68. *Ivi*, par. 90.

69. *Ivi*, par. 126.

pur senza pronunciarsi sull'eventualità di stabilire la giurisdizione di quest'ultimo ai sensi dell'art. 1 CEDU, in merito ad una richiesta di protezione internazionale presentata da cittadini di Paesi terzi⁷⁰. Con la decisione *M.N.*, la Corte esclude definitivamente che le richieste di protezione internazionale avanzate presso le rappresentanze diplomatiche degli Stati parte possano rientrare nel regime di tutela della CEDU, ma lascia agli Stati il compito di prevedere «genuine and effective access to means of legal entry»⁷¹.

Di fatto con la sua pronuncia la Corte EDU smentisce la decisione del giudice nazionale, in questo caso il Conseil du contentieux des étrangers così come il Tribunale di prima istanza, che invece ha assunto una posizione molto più garantista a favore della famiglia siriana. La Corte non accoglie dunque il monito lanciato dall'avvocato Frédéric Krenc, portavoce dell'Ordine degli Avvocati francofoni e germanofoni, che durante l'udienza pubblica del 24 aprile 2019 aveva ricordato l'importanza del rispetto del principio di sussidiarietà. Nelle parole di Krenc, il compito della Corte EDU non è quello di «*affaiblir*» o «*décrédibiliser*» il giudice nazionale, quanto piuttosto rafforzarne l'autonomia, soprattutto laddove il giudice nazionale offre una protezione più generosa dei diritti dell'uomo rispetto alla soglia minima stabilita nelle disposizioni della CEDU⁷². Ancora a difesa del giudice nazionale, l'avvocato Krenc sosteneva inoltre la necessità di ribadire l'indipendenza della giustizia rispetto all'ingerenza del potere esecutivo, che nel caso in esame si rifiutava di eseguire le decisioni giudiziarie di rilascio dei visti umanitari⁷³. La Corte EDU, allineandosi alla posizione del governo belga, non prende in considerazione il rischio di minare il principio di separazione dei poteri, fondamento dello Stato di diritto.

Diverso era invece il ragionamento portato avanti dai ricorrenti. Innanzitutto questi ultimi ricordavano come la Corte avesse già in passato aperto alla possibilità di dedurre una responsabilità per gli Stati a partire da atti emanati dalle sue autorità che producono effetti al di fuori del territorio nazionale⁷⁴. Poiché le autorità statali anche nella fattispecie si erano trovati ad esercitare una funzione statale di controllo dell'immigrazione, decidendo sul rilascio o sul rigetto del visto, la decisione nazionale che è stata presa in merito li avrebbe portati automaticamente sotto la giurisdizione belga, a prescindere dal fatto che fosse stata esercitata sul suo territorio o nelle rappresentanze consolari all'estero o che le autorità

70. Corte EDU, sentenza del 13.2.2020, *N.D. e N.T. contro Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, par. 222.

71. *Ivi*, par. 209.

72. Corte EDU, ricorso n. 3599/18, *M.N. e altri contro Belgio*, udienza della Grande Camera, 24 aprile 2019. Registrazione accessibile online: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=359918_24042019&language=lang&c=&py=2019.

73. *Ivi*. Sul punto anche: L. Leboeuf, S. Sarolea, *Autoriser des Syriens à rejoindre la Belgique en toute légalité et sécurité: évidence ou idée farfelue?*, in *Justice en ligne*, www.justice-en-ligne.be, 24.11.2016, par. 5-6.

74. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 82.

coinvolte avessero esercitato un controllo *de facto* sui cittadini coinvolti⁷⁵. Ricordando la giurisprudenza sull'espulsione, stabilita a partire dal caso *Soering*⁷⁶, la Corte si era inoltre già pronunciata sulla possibilità di riconoscere la responsabilità di uno Stato contraente nel caso in cui una sua decisione comportasse extraterritorialmente l'esposizione dell'individuo a trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU⁷⁷. Sulla stessa linea dei ricorrenti era anche la posizione delle organizzazioni della società civile intervenute in causa⁷⁸. Queste ultime hanno ricordato come la Corte avesse già riconosciuto nel caso *Bankovic*⁷⁹ la giurisdizione extraterritoriale degli Stati contraenti a partire da atti o omissioni degli agenti diplomatici o consolari che si trovano ad esercitare una funzione di governo. Dal momento in cui tra le principali funzioni consolari rientra il rilascio dei visti, quest'ultimo non poteva che considerarsi una prerogativa di *puissance publique* nel controllo dell'immigrazione, tale da comportare la giurisdizione dello Stato contraente così come l'obbligo del rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU⁸⁰. Secondo le organizzazioni, ogni altra soluzione avrebbe avuto l'effetto di esonerare le autorità statali dal rispetto degli obblighi della Convenzione⁸¹.

La nozione di giurisdizione sostenuta dalla Corte delude quindi coloro che si attendevano un ragionamento meno restrittivo da parte dei giudici. Era particolarmente auspicato nel caso di specie l'applicazione del modello di giurisdizione legato all'esercizio di poteri pubblici⁸², così come introdotto nella sentenza *Al Skeini*. Qui la Corte ha stabilito che è possibile configurare un esercizio di giurisdizione qualora uno Stato eserciti controllo e autorità su un individuo attraverso agenti che operano al di fuori del proprio territorio⁸³. Questo modello poteva essere analogamente applicato al caso *M.N.*, tuttavia la Corte EDU decide di adottare un'interpretazione differente. In *M.N.* la Corte dapprima riconosce che le autorità statali, decidendo sulle condizioni di ingresso sul territorio belga, hanno esercitato un potere pubblico, ma afferma che ciò non è sufficiente per costituire un esercizio di

75. *Ivi*, par. 83.

76. Corte EDU, sentenza del 7.7.1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

77. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 84.

78. Human Rights League (LDH), the International Federation for Human Rights (FIDH), the Centre for Advice on Individual Rights in Europe (AIRE Centre), the Dutch Council for Refugees, the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), the International Commission of Jurists, the Bar Council of French-speaking and German-speaking Lawyers (OBFG).

79. Corte EDU, sentenza del 12.12.2001, *Bankovic e altri c. Belgio e altri sedici Stati contraenti*, ric. n. 52207/99.

80. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 91.

81. *Ivi*, par. 95.

82. La decisione *M.N.* appare analogamente deludente per coloro che sostengono che la Corte sarebbe potuta giungere ad una diversa interpretazione basandosi sulla teoria degli obblighi positivi: cfr. a tal fine A. Liguori, *Two Courts but a similar outcome: no humanitarian visas*, in *Migration and Asylum Policies Systems, challenges and perspectives*, a cura di G. Cataldi - A. Liguori, Napoli, Editoriale Scientifica, forthcoming.

83. Corte EDU, sentenza del 7.7.2011, *Al-Skeini e altri contro Regno Unito*, ric. n. 55721/07, par. 134.

giurisdizione né territoriale⁸⁴ né extraterritoriale⁸⁵. La Corte differenzia il caso rispetto alla giurisprudenza stabilita con *Al Skeini* introducendo un requisito legato alla cittadinanza dei ricorrenti⁸⁶, ed afferma che qualora questi individui non siano cittadini dello Stato in questione⁸⁷, è necessario che vengano in rilievo ulteriori elementi, oltre all'esercizio di pubblici poteri, che dimostrano un controllo effettivo delle autorità sugli individui coinvolti, affinché sia superata la soglia di giurisdizione⁸⁸. In definitiva, nel caso *M.N.* il legame giurisdizionale avanzato in merito all'esercizio di potere da parte delle autorità consolari, in assenza di ulteriori elementi *de facto* che confutano la giurisdizione belga, risulta troppo debole per poter ricondurre alla responsabilità dello Stato belga. Approfondendo l'analisi sull'applicabilità del modello di giurisdizione introdotto con *Al Skeini* al caso *M.N.*, viene in rilievo un'ulteriore importante differenza tra i due casi. In *Al Skeini* è riconosciuta la giurisdizione extraterritoriale del Regno Unito poiché si trova ad esercitare, tramite «consent, invitation or acquiescence» poteri pubblici normalmente esercitati dal governo territoriale⁸⁹. Nel caso *M.N.* se è indubbio il consenso dello Stato libanese allo svolgimento di attività diplomatiche e consolari da parte delle autorità belghe, è altresì vero che le decisioni di queste ultime in merito all'ingresso di cittadini di Paesi terzi nel proprio territorio rappresentano un esercizio di potere sovrano del Belgio, in nessun caso normalmente esercitato dallo Stato libanese.

La Corte chiarisce il valore complementare del modello di giurisdizione legato all'esercizio dei pubblici poteri anche nella successiva sentenza *M.K. e altri c. Polonia*⁹⁰, avente ad oggetto il sistematico rifiuto da parte delle autorità polacche di esaminare le domande di protezione internazionale presentate alla frontiera. Qui la Corte innanzitutto ribadisce l'obbligatorietà per le autorità statali che operano al di fuori del territorio nazionale di rispettare la CEDU, qualora esercitino controllo e autorità su un individuo⁹¹. In seguito, riconosce la giurisdizione polacca innanzitutto poiché gli eventi avvengono nel territorio di

84. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 112.

85. *Ivi*, par. 122. T. Gammeltoft-Hansen, N.F. Tan, *Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <http://eumigrationlawblog.eu/>, 26.5.2020. <http://eumigrationlawblog.eu/adjudicating-old-questions-in-refugee-law-mn-and-others-v-belgium-and-the-limits-of-extraterritorial-refoulement/>.

86. V. Stoyanova, *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, in *Blog of the European Journal of International Law*, www.ejiltalk.org, 12.5.2020. <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>.

87. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., par. 118.

88. *Ivi*, par. 118-119.

89. Corte EDU, *Al-Skeini e altri contro Regno Unito*, cit., par. 135.

90. Corte EDU, sentenza del 23.7.2020, *M.K. e altri contro Polonia*, ric. n. 40503/17, n. 42902/17 e n. 43643/17.

91. *Ivi*, par. 128. Per un approfondimento degli elementi costitutivi della giurisdizione: S. Besson, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 n. 4, 2012, pp. 872-874.

frontiera tra Polonia e Bielorussia, specificatamente in uno spazio in cui operano autorità polacche, dunque il legame giurisdizionale è già indubbiamente manifesto⁹². L'esercizio di potere da parte delle autorità polacche nel decidere sull'ingresso o l'allontanamento dei ricorrenti dal territorio nazionale è riconosciuto dalla Corte come ulteriore elemento di conferma della giurisdizione polacca⁹³. La posizione espressa nella sentenza *M.K.* sembra quindi avallare il ragionamento stabilito con *M.N.*, attraverso il quale la Corte esclude che il modello di giurisdizione legato all'esercizio di poteri pubblici possa rappresentare un modello autonomo, piuttosto che complementare ad altri modelli già consolidati nel corso della sua giurisprudenza. Inoltre, riconoscendo in *M.K.* il rischio di *chain-refoulement* a cui sono stati esposti i ricorrenti in seguito alla condotta delle autorità polacche alla frontiera, la Corte conferma anche la posizione assunta in *M.N.* in merito all'estensione della tutela contro il *refoulement*. In *M.N.* in risposta alla richiesta dei ricorrenti secondo la quale il rifiuto di un visto costituirebbe violazione del principio di *non refoulement*, la Corte riafferma che per beneficiare di una protezione contro il *refoulement* i ricorrenti si sarebbero dovuti trovare sul territorio o alla frontiera dello Stato coinvolto⁹⁴. Questa interpretazione restrittiva del principio di *non refoulement* sembra ignorare posizioni fortemente progressiste che sono state invece adottate nel corso della sua giurisprudenza⁹⁵. Come osservato⁹⁶, la Corte avrebbe potuto almeno menzionare interpretazioni adottate in passato, per ribadire che il campo di applicazione del *non refoulement* non si limita alle situazioni di allontanamento o di non ammissione alla frontiera, ma tutela tutte le persone che entrano sotto la giurisdizione dello Stato parte, dovunque avvenga il respingimento.

La Corte sembra quindi confermare un approccio cauto verso l'applicazione di modelli di giurisdizione extraterritoriale, lasciando temere un ulteriore passo indietro nell'utilizzo della Convenzione come strumento di tutela contro le violazioni legate alle politiche europee di esternalizzazione, che si ripercuoterà probabilmente sui casi attualmente al vaglio della Corte⁹⁷. Proprio in riferimento al caso pendente *S.S. e altri contro Italia*, è stata proposta

92. Corte EDU, *M.K. e altri contro Polonia*, cit., par. 129.

93. *Ivi*, par. 130. Una posizione simile era già stata assunta nella sentenza del 11.8.2018, *M.A. e altri contro Lituania*, ric. n. 59793/17, parr. 69-70.

94. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, cit., parr. 119-120.

95. *In primis*: Corte EDU, sentenza del 23.2.2012, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, ric. n. 27765/09.

96. E. Lenain, *Il était une fois, un visa obligatoire qui n'existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit*, in *La Revue des Droits de l'Homme*, 2020, p. 7.

97. Una pronuncia particolarmente attesa è: *S.S. e altri contro Italia*, ric. n. 21660/18. Per un approfondimento delle possibili interpretazioni della nozione di giurisdizione nel caso di specie: cfr. A. Fazzini, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in questa *Rivista*, n. 2.2020.

una costruzione di giurisdizione *funzionale*⁹⁸, che se adottata dalla Corte porterebbe ad uniformare la prassi giurisprudenziale⁹⁹, superando interpretazioni formalistiche come quella sostenuta in *M.N.* In una concezione funzionale, la giurisdizione sarebbe legata all'effettiva capacità degli Stati di svolgere le proprie funzioni di tutela dei diritti umani sanciti dalla CEDU¹⁰⁰. Secondo tale costruzione, il controllo effettivo richiesto per superare la soglia di giurisdizione non si comporrebbe meramente di elementi di coercizione fisica personale, ma riguarderebbe piuttosto «its capacity to determine a change in the real and/or legal position of those concerned with human rights-relevant implications»¹⁰¹. In tal modo, il legame giurisdizionale non sarebbe ricavato solo da elementi di controllo *de facto*, ma una pari attenzione sarebbe posta anche verso elementi di controllo *de jure*¹⁰². La pronuncia nel caso *M.N.* ci conferma come l'evoluzione e lo sviluppo delle nozioni tradizionali di giurisdizione sono quanto più necessari al fine di contrastare le attuali politiche migratorie di *non-entrée*¹⁰³, che trovano attuazione anche attraverso una politica dei visti restrittiva nei confronti dei richiedenti protezione internazionale.

4. Conclusioni

La Corte di giustizia in *X e X* così come la Corte EDU in *M.N.*, seguendo un approccio prudente e formalista, hanno escluso l'esistenza di un obbligo per gli Stati membri di autorizzare l'ingresso dei richiedenti asilo sul loro territorio, ribadendo piuttosto la discrezionalità degli Stati membri sulla questione. Inoltre entrambe, l'una ricorrendo alla mancata applicazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità consolari e l'altra all'impossibilità di affermare la giurisdizione dello Stato belga, hanno evitato di pronunciarsi sulla questione sostanziale, ossia la violazione rispettivamente dell'art. 4 CDFUE e dell'art. 3 CEDU.

98. Moreno-Lax, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German Law Journal*, 2020.

99. È doveroso ricordare che in alcune importanti pronunce la Corte ha adottato modelli di giurisdizione funzionale, tuttavia la sua giurisprudenza è ancora frammentaria e non consolidata. Per un approfondimento: T. De Boer, *Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 28, n. 1, 2015, pp. 118-134.

100. *Al.Skeini e altri contro Regno Unito*, opinione concorrente del Giudice Bonello, parr. 10-11. O nelle parole di Moreno-Lax: «I use “functional” to literally denote the governmental “functions” through which the power of the state finds concrete expression in a given case», Moreno-Lax, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, cit., p. 402.

101. *Ivi*, p. 414.

102. *Ivi*, p. 404.

103. T. Gammeltoft-Hansen, J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 53(2), 2015, pp. 261-262.

Le due pronunce, molto attese per il potenziale effetto rivoluzionario che avrebbero comportato per l'inadeguato sistema europeo comune di asilo, privo allo stato attuale di vie di accesso legali e sicure per i richiedenti asilo, lanciano tuttavia un messaggio importante.

Entrambe mostrano l'impossibilità di colmare un vuoto giuridico, quale l'assenza di canali di ingresso legali, attraverso il regime di tutela dei diritti umani, in questo caso la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Come ricordato in *X e X e M.N.*, l'unica via perseguibile è data dallo sviluppo di un quadro normativo europeo volto ad istituire un sistema organico di ingresso protetto nell'Unione europea.

Sforzi in tale direzione sono in atto da diversi anni da parte del Parlamento europeo, che già nel 2014 aveva presentato una proposta di riforma del Codice dei visti che includeva la possibilità di richiedere un visto umanitario europeo¹⁰⁴. Data l'opposizione del Consiglio, la proposta è stata definitivamente ritirata nel 2018 ed il Parlamento, tramite un'iniziativa pre-legislativa, ha invitato la Commissione a presentare una proposta di regolamento per disciplinare il visto umanitario, ritenendo più adeguato sostenere l'istituzionalizzazione di tale strumento in un regolamento apposito¹⁰⁵. La Commissione tuttavia ha ribattuto sostenendo che la proposta di regolamento riguardante il quadro dell'Unione per il reinsediamento¹⁰⁶ già risponde alle esigenze evidenziate dal Parlamento in merito alla creazione di canali di ingresso protetti, aggiungendo che «it is politically not feasible to create a subjective right to request admission and to be admitted»¹⁰⁷. È opportuno ricordare che tale programma europeo di reinsediamento, presentato nel 2016, ha subito uno stallo legislativo nel 2018 e non è stato ancora adottato. Anche laddove si dovesse manifestare una nuova sensibilità politica verso tale proposta, in grado di portare all'adozione del regolamento, restano molti dubbi riguardo l'effettiva capacità di rispondere alle esigenze umanitarie dei rifugiati al di fuori delle frontiere europee, visto la volontarietà della partecipazione degli Stati membri sostenuta nella proposta¹⁰⁸. Il rischio di decisioni

104. Progetto di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul Codice dei visti dell'Unione (Codice visti) (rifusione), COM(2014)0164 – C8-0001/2014 – 2014/0094(COD), Bruxelles, 22.4.2016, art. 22 par. 5-*bis*.

105. Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 dicembre 2018 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari, 2018/2271(INL), Bruxelles, 11.12.2018.

106. Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2016)468 final, Bruxelles, 13.7.2016.

107. Follow up to the European Parliament non-legislative resolution with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas, (SP(2019)149), Bruxelles, 1.4.2019. Accessibile online: [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2018/2271\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2018/2271(INL)).

108. Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento, cit., p. 6.

formaliste come *X e X* e *M.N.* è di incentivare il ricorso a pratiche di esternalizzazione, finalizzate ad implementare una politica di *non entrée*¹⁰⁹ che colpisce tutti i migranti, inclusi coloro bisognosi di protezione internazionale. In tal direzione si muovono purtroppo anche i due principali strumenti della politica europea dei visti, recentemente modificati: il nuovo Codice dei visti¹¹⁰ e il Regolamento 2018/1806, che contiene la lista dei Paesi terzi soggetti all'obbligo del visto nell'attraversamento delle frontiere europee e la lista dei Paesi esenti da tale obbligo¹¹¹. Per quanto riguarda il primo, in vigore da febbraio 2020, esso accentua marcatamente l'enfasi securitaria attraverso l'inserimento dell'art. 25-*bis*, che condiziona le disposizioni in materia di visti alla cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione¹¹². Il Regolamento 2018/1806 invece include una clausola di salvaguardia per gli Stati membri, che permette di sospendere il regime di esenzione del visto per Paesi terzi da cui, tra l'altro, è stato registrato un aumento sostanziale di ingressi irregolari o di domande di asilo presentate con basso tasso di riconoscimento.

In tale scenario, esaurite le speranze di invertire la rotta attraverso decisioni giudiziarie, non resta che riporre fiducia nel nuovo Patto europeo su migrazione e asilo, che sarà presentato nei prossimi mesi, per il quale già si auspica, ottimisticamente, una nuova centralità per la questione dei canali di ingresso legali e sicuri¹¹³.

Vero è che non bisogna sottovalutare la reticenza politica degli Stati membri verso l'apertura di canali di ingresso legale, ostacolo per l'adozione di strumenti legislativi efficaci e vincolanti. Tale sentimento politico è stato manifestato anche dall'ampio numero di Stati che sono entrati in causa in *X e X* e in *M.N.*, a sostegno di un approccio restrittivo nei confronti dei diritti dei richiedenti protezione internazionale. Tuttavia, è altrettanto necessario evidenziare che proprio i tre Stati mediterranei maggiormente colpiti dall'inadeguatezza dell'attuale sistema di asilo, Spagna, Italia e Grecia, non sono intervenuti in nessuno dei due ricorsi. Ciò ci suggerisce che anche tra gli Stati membri ci sono posizioni divergenti, che a volte si traducono nella prassi in iniziative lodevoli ed innovative. È il caso dell'Italia, dove a partire dal 2015 alcune organizzazioni della società civile, in accordo con

109. Cfr. T. Gammeltoft-Hansen, J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, cit. e recentemente A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of Border Controls*, London and New York, Routledge, 2019 e bibliografia ivi indicata.

110. Regolamento (UE) 2019/1155, cit.

111. Regolamento (UE) 2018/1806, cit., art. 8 par. 2.

112. Per un approfondimento: N. Vavoula, *Of Carrots and Sticks: A Punitive Shift in the Reform of the Visa Code*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <http://eumigrationlawblog.eu/>, 5.9.2018. <https://eumigrationlawblog.eu/of-carrots-and-sticks-a-punitive-shift-in-the-reform-of-the-visa-code/>.

113. Parlamento europeo, *Asylum and Migration Pact: MEPs push for legal and safe avenues*, Comunicato stampa, Comitato LIBE, 30.4.2020 <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20200430IPR78208/asylum-and-migration-pact-meps-push-for-legal-and-safe-avenues>.

il governo italiano, hanno lanciato il progetto dei corridoi umanitari¹¹⁴, sulla base proprio dell'art. 25 del Codice dei visti. Tale iniziativa è stata apprezzata e replicata anche in altri Stati membri europei, al punto da aprire il dibattito sull'istituzione di corridoi umanitari europei¹¹⁵. L'esempio italiano è meritevole di nota anche sul piano giudiziario, poiché attraverso un'interpretazione progressista del Codice dei visti il giudice italiano ha riconosciuto l'importanza e la necessità dello strumento del visto umanitario quale potenziale canale di ingresso protetto. Il 21 febbraio 2019 il Tribunale di Roma ha ordinato il rilascio di un visto umanitario ai sensi dell'art. 25 per un minore nigeriano bloccato in Libia¹¹⁶. In seguito, il 28 novembre 2019 sempre il Tribunale di Roma ha emesso una storica sentenza, in cui riconosce il diritto di far ingresso sul territorio italiano al fine di accedere alla protezione internazionale¹¹⁷. I ricorrenti, 14 cittadini eritrei, nel 2009 erano parte di un gruppo di 89 persone illegalmente respinte dalle autorità italiane verso la Libia. Il Tribunale, oltre a dichiarare l'illiceità della condotta di respingimento, per la prima volta riconosce la necessità di espandere «il campo di applicazione della protezione internazionale [...] volta a tutelare la posizione di chi, in conseguenza di un fatto illecito commesso dall'autorità italiana si trovi nell'impossibilità di presentare la domanda di protezione internazionale in quanto non presente nel territorio dello Stato, avendo le autorità dello stesso Stato inibito l'ingresso, all'esito di un respingimento collettivo, in violazione dei principi costituzionali e della Carta dei diritti dell'Unione europea». Di conseguenza, il Tribunale stabilisce che il diritto di asilo può declinarsi in un diritto di ingresso sul territorio italiano, al fine di accedere alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Il 30 agosto 2020 hanno fatto ingresso in Italia tramite un visto umanitario ai sensi dell'art. 25 del Codice dei visti i primi cinque ricorrenti. La sentenza ha una portata potenzialmente rivoluzionaria: innanzitutto riconosce il vuoto giuridico in materia di accesso al diritto di asilo per coloro che si trovano al di fuori del territorio degli Stati membri ed allo stesso tempo colma tale vuoto predisponendo il rilascio di visti umanitari. L'auspicio è che a partire dall'esempio del giudice italiano si possa avviare un nuovo corso delle prassi nazionali ed

114. Per un approfondimento: P. Morozzo della Rocca, *I due Protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

115. Agenzia NEV, *Italy to lead on organising European Humanitarian Corridors*, 9.10.2019 <https://www.nev.it/nev/2019/10/09/italy-to-lead-on-organising-european-humanitarian-corridors/>; Working Group of the Humanitarian Corridors Project, *Humanitarian Corridors: implementation procedures for their extension on a European scale*, 12.2019 <https://www.santegidio.be/wp-content/uploads/2019/12/Handbook-Humanitarian-Corridor.pdf>.

116. E. Frasca, *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all'articolo 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto*, in questa *Rivista*, n. 3.2019.

117. Tribunale di Roma, sentenza n. 22917/2019 del 28 novembre 2019.

europee, volto a predisporre canali di ingresso che garantiscano finalmente l'accesso al diritto di asilo.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

LE DOMANDE REITERATE DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE:
BREVI CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELLE MODIFICHE
NORMATIVE INTRODOTTE DAL D.L. 113/18 E DAL D.L. 130/20

di Cecilia Pratesi

***Abstract:** Il diritto della protezione internazionale, a livello europeo come in ambito nazionale, detta regole specifiche, tendenzialmente più restrittive e meno garantiste, per le ipotesi in cui la domanda di protezione internazionale, respinta o non coltivata, sia ripresentata nuovamente alle autorità di un medesimo Stato. La più recente normativa italiana ha inciso significativamente sul profilo delle garanzie procedurali, sino a presentare profili di aperta criticità e di contrasto con le garanzie minime accordate a livello europeo, con i quali la giurisprudenza è stata chiamata in breve tempo a confrontarsi. Le esigenze di celerità e speditezza, in un sistema costituzionalmente orientato e rispettoso dei principi sovranazionali che presidono la materia dell'asilo, non devono andare a scapito del diritto dei richiedenti ad un'attenta indagine della loro situazione individuale.*

***Abstract:** The right to international protection, both at European and national level, provides for more restrictive rules for those cases where the application for international protection is re-submitted to the same national authorities. The most recent Italian legislation has significantly affected procedural guarantees, being in contrast to the minimum of guarantees granted by the EU Law; Courts were immediately facing this problem. A need of swift examination, in a constitutional system oriented and respectful of the supranational principles that govern the right to asylum, must not be in contrast with asylum applicants' rights to thorough investigation of their individual situation.*

LE DOMANDE REITERATE DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE: BREVI CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELLE MODIFICHE NORMATIVE INTRODOTTE DAL D.L. 113/18 E DAL D.L. 130/20

di Cecilia Pratesi*

SOMMARIO: 1. Nozione e fonti eurounitarie. – 2. La sorte delle domande reiterate in Italia. – 2.1. Prima della riforma. – 2.2. Profili critici della riforma: la soppressione dell'interlocuzione scritta con la Commissione ai fini della valutazione di ammissibilità. – 2.3. Profili critici della riforma: effetti limitativi del diritto a permanere sul territorio nazionale. – 2.4. Profili critici della riforma: la presunzione di strumentalità della domanda presentata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento. – 2.5. Profili critici della riforma: il ruolo delle questure. – 2.6. Profili critici della riforma: la valutazione di ammissibilità. – 2.7. Risposte della giurisprudenza. – 3. Ulteriori aspetti processuali. – 3.1. Avvio della fase giurisdizionale. – 3.2. Valutazione di ammissibilità della domanda. – 4. Conclusioni. – 5. Il decreto legge n. 130/2020.

1. Nozione e fonti eurounitarie

Si intende per domanda reiterata di asilo la richiesta di protezione internazionale presentata dopo che una precedente richiesta sia stata abbandonata o respinta in via definitiva dalle autorità del medesimo Stato.

Il diritto interno ne offre la seguente definizione all'art. 2, co. 1, *b-bis*), d.lgs. n. 25/2008 – introdotto dall'art. 9, co. 1, d.l. n. 113/2018, convertito in l. 132/2018 –: «un'ulteriore domanda di protezione internazionale presentata dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, anche nel caso in cui il richiedente abbia esplicitamente ritirato la domanda ai sensi dell'articolo 23 e nel caso in cui la Commissione territoriale abbia adottato una decisione di estinzione del procedimento o di rigetto della domanda ai sensi dell'articolo 23-*bis*, comma 2».

È intuibile che la riproposizione di una istanza di asilo alle autorità di un medesimo Paese possa discendere dalle più varie istanze, da quella meramente strumentale volta a scongiurare l'effetto ultimo del diniego ed allontanare la prospettiva di un rimpatrio, a quella che discende dal mutamento delle condizioni del proprio Paese di origine, a quella dell'insorgere di nuovi motivi di protezione.

Al fine di contenere la prima tra le alternative appena considerate, la legislazione eurounitaria del 2013 (nuova direttiva procedure, 2013/32) prevede la facoltà degli Stati

* Magistrato in servizio presso la sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale di Roma.

membri di accordare minori garanzie procedurali alle domande reiterate, sia pure secondo diverse gradazioni.

L'art. 33 della direttiva in primo luogo colloca le domande reiterate tra quelle che possono essere giudicate inammissibili, e dunque non esaminate nel merito (par. 2 lett. d): «la domanda è una domanda reiterata, qualora non siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE»: dunque per il diritto europeo comune è possibile prescindere dall'esame a condizione che non siano presentati dal richiedente elementi o circostanze nuovi significativi ai fini della protezione.

L'art. 34 prevede poi che in caso di domanda reiterata debba essere organizzato un colloquio preventivo sulla ammissibilità della stessa, al fine specifico di consentire al richiedente di interloquire sull'effettivo inquadramento della sua situazione particolare in una delle ipotesi di inammissibilità, che oltre al caso della domanda reiterata ricomprendono le ipotesi sub a) un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale; sub b) un Paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell'articolo 35; sub c) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell'articolo 38; sub e) una persona a carico del richiedente presenta una domanda, dopo aver acconsentito, a norma dell'articolo 7, par. 2, a che il suo caso faccia parte di una domanda presentata a suo nome e non vi siano elementi relativi alla situazione della persona a carico che giustifichino una domanda separata.

La direttiva contempla la possibilità di derogare al passaggio del colloquio preliminare, ma nel rispetto delle garanzie procedurali previste dall'art. 42, in base al quale deve essere assicurata almeno la possibilità di presentare osservazioni scritte, con le eccezioni di cui all'art. 40 par. 6 (persone a carico, minori non coniugati) per le quali è sempre necessario il colloquio. È previsto anche che gli Stati membri possano pretendere che il richiedente indichi i fatti e produca le prove atte a giustificare l'apertura di una nuova procedura di protezione nei suoi confronti.

Restano fermi in ogni caso i doveri di assistenza ed informazione previsti in via generale dall'art. 12 della direttiva, ed è ribadito il principio che in nessun caso le disposizioni date devono rendere «impossibile l'accesso del richiedente a una nuova procedura né impedire di fatto o limitare seriamente tale accesso».

Tornando all'art. 40, che regola in via generale le domande reiterate, il par. 3 prevede che se all'esito dell'esame preliminare si può affermare che «sono emersi o sono stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi che aumentano in modo significativo la probabilità che al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale» gli Stati membri sono obbligati ad esaminare la domanda nel merito.

Resta ferma la facoltà degli Stati di prevedere una disciplina più favorevole, ed esaminare la domanda reiterata anche in altri casi, così come quella di imporre una ulteriore restrizione alla possibilità di procedere all'esame, consentendolo cioè solo nel caso in cui la mancata deduzione dei nuovi elementi nel precedente giudizio di protezione non sia dipesa da inerzia colpevole del richiedente.

2. La sorte delle domande reiterate in Italia

2.1. Prima della riforma

L'art. 29 del d.lgs. 25/08, annoverava tra i casi di inammissibilità della domanda, alla lettera b), l'ipotesi del richiedente che ha «reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del Paese di origine», disponendo che la domanda fosse in ogni caso sottoposta a parere preliminare del presidente della Commissione, e che il ricorrente avesse facoltà di presentare le proprie osservazioni prima dell'adozione della decisione sull'ammissibilità, espressamente riservata in ogni caso alla Commissione, unica autorità accertante. Le minori garanzie procedurali accordate erano dunque in linea con le prescrizioni della direttiva procedure, riassunte nel paragrafo che precede.

2.2. Profili critici della riforma: la soppressione dell'interlocazione scritta con la Commissione ai fini della valutazione di ammissibilità

Il d.l. 113/18, dichiaratamente volto a restringere le garanzie procedurali riservate ai richiedenti asilo, è intervenuto ampiamente anche sul tema delle domande reiterate; e così ha in primo luogo escluso la facoltà per il richiedente che presenta una prima domanda reiterata di interloquere per iscritto con la Commissione per perorare la propria causa.

Per comprendere la dimensione concreta di tale intervento, è sufficiente prendere visione del contenuto di uno dei moduli (c.d. modelli C3) attraverso i quali le domande di protezione vengono formalizzate dalle questure. Si tratta di schede precompilate, destinate in prevalenza ad un riempimento "a crocette" (che non di rado si presentano al lettore interamente vuote), e che vengono in calce sottoscritte dall'interessato e da un mediatore culturale (la cui firma è spesso illeggibile e non reca indicazione a stampa del nome); in concreto è assai difficile incontrare modelli C3 all'interno dei quali il richiedente abbia evidenziato (pur in presenza di una sezione formalmente a ciò riservata) le ragioni della propria domanda, o dato conto della esistenza di eventuali riscontri, sia all'interno del modulo sia attraverso l'allegazione di propri scritti. La facoltà di presentare memorie

prefigurata dalla direttiva non costituisce dunque un passaggio meramente formale, ma rappresenta un momento conoscitivo importante ai fini dell'apprezzamento dell'esistenza di nuove esigenze di protezione; in ogni caso la sua eliminazione non sembra coerente con le indicazioni della direttiva medesima.

2.3. Profili critici della riforma: effetti limitativi del diritto a permanere sul territorio nazionale

Altra variante peggiorativa del trattamento delle domande reiterate si rinviene quanto all'effetto sospensivo della presentazione del ricorso giurisdizionale: già nel precedente regime, la presentazione di un ricorso avverso una decisione di inammissibilità della domanda (che poteva colpire tra le altre le domande reiterate), non comportava automaticamente la sospensione degli effetti del provvedimento negativo della Commissione, ma era necessario che il giudice, investito da apposita istanza del difensore, intervenisse con un proprio provvedimento per consentire al ricorrente di permanere sul territorio sino al termine del procedimento giurisdizionale (o quantomeno, dopo la riforma Minniti, d.l. 13/17, sino al termine del primo grado di giudizio). Era fatto salvo il caso dei ricorsi avverso provvedimenti che dichiaravano per la seconda volta inammissibile la domanda di asilo reiterata perché proposta senza la prospettazione di elementi nuovi, rispetto ai quali l'art. 35-*bis* co. 5, d.lgs. 25/08 escludeva qualsiasi effetto sospensivo del ricorso sino alla decisione del giudice sull'istanza di sospensiva. Il d.l. 113 ha espunto il riferimento alla presentazione di una seconda dichiarazione di inammissibilità della domanda reiterata, assoggettando così al medesimo regime anche le domande giudicate per la prima volta inammissibili perché ritenute dalla Commissione meramente iterative di una domanda in precedenza respinta. Inoltre a seguito della modifica dell'art. 7, d.lgs. 25/08, il richiedente che presenti una prima domanda reiterata nei casi di cui all'art. 29-*bis*, non è autorizzato a rimanere sul territorio neppure in attesa della decisione della Commissione, analogamente a chi presenta una seconda domanda reiterata dopo che la precedente domanda reiterata è stata respinta o dichiarata inammissibile nei casi previsti dall'articolo 32, co. 1, lett. b) e b-*bis*) (radicale mancanza dei presupposti della protezione, esistenza di una causa di cessazione o esclusione della protezione, domanda manifestamente infondata secondo la definizione che ne fornisce l'art. 28-*ter*).

2.4. Profili critici della riforma: la presunzione di strumentalità della domanda presentata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento

L'aspetto forse maggiormente critico e che ha dato luogo sin dalla prima fase applicativa a numerosi interventi della giurisprudenza, si deve alla interpolazione del nuovo art. 29-*bis* del d.lgs. 25/08, che declina una sotto-ipotesi della domanda reiterata, nel caso in cui la relativa presentazione intervenga "in fase di esecuzione" di un provvedimento di

allontanamento; ebbene, a tali ipotesi il legislatore riconduce una vera e propria presunzione di strumentalità («..la domanda è considerata inammissibile in quanto presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento...»); in tali casi, prosegue la norma, non si procede all'esame preliminare della domanda (quell'esame che l'art. 29 attribuisce per le "altre" domande reiterate al presidente della Commissione, al fine di verificare l'insorgenza di nuovi elementi). Emerge a prima vista un contrasto con l'art. 40 par. 3 della dir. 2013/32/UE, in relazione al difetto assoluto di interlocuzione con l'organo accertatore (v. *supra*).

Un primo problema che sorge per l'interprete è quello di individuare il segmento procedimentale definito dalla legge come «fase di esecuzione dell'allontanamento», che è stato talora identificato dalle questure semplicemente come la condizione di colui che – in conseguenza del rigetto definitivo della sua domanda o del mancato rinnovo del precedente titolo di soggiorno per protezione internazionale – viene a trovarsi privo del diritto di permanere sul territorio nazionale; sul punto si è espresso in particolare il Tribunale di Brescia con decreto del 10.5.2019¹, censurando tale interpretazione, e sottolineando giustamente che «l'utilizzo dell'espressione "fase di esecuzione di un provvedimento ... [di]allontanamento" è con ogni evidenza da intendersi riferito ad un momento successivo alla pronuncia di un provvedimento di allontanamento/espulsione ... né, a fronte di una norma dal così chiaro tenore letterale, è possibile sostenere l'inammissibilità dell'istanza reiterata per il solo fatto che il richiedente non avesse presentato ricorso in Cassazione o che comunque l'efficacia esecutiva del diniego della Commissione non fosse stata sospesa». Il medesimo Tribunale ha osservato altresì che l'art. 7, co. 2, lett. e), d.lgs. n. 25/2008, esclude il diritto di permanere sul territorio nazionale sino alla decisione della Commissione non in generale per tutte le domande reiterate, ma unicamente nei confronti di coloro che presentano «ulteriori istanze di protezione internazionale dopo il deposito di una prima domanda reiterata».

2.5. *Profili critici della riforma: il ruolo delle questure*

Altra questione particolarmente delicata si è posta a seguito della interpretazione adottata dalle questure all'indomani della introduzione dell'art. 29-*bis* già citato. Facendo seguito ad una circolare del 2.12.2019 della Commissione nazionale di asilo, che tale lettura suggeriva apertamente, le autorità di polizia, di fronte alla presentazione di domande reiterate da esse stesse ricondotte all'art. 29-*bis*, hanno emesso direttamente dichiarazioni di inammissibilità (in alcuni casi adottando peraltro la creativa figura della irricevibilità); inoltre, in presenza di richiedenti asilo ristretti in Centri per i rimpatri al momento della

1. Consultabile: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/2018_tribunale_brescia_decreto_18307.pdf.

reiterazione della domanda, hanno ritenuto di non dover richiedere una nuova convalida del trattenimento alla competente sezione specializzata, come previsto invece dall'art. 6, d.lgs. 142/2015, considerando dunque la nuova domanda del tutto priva di effetti sul piano giuridico.

Tale interpretazione è stata disattesa dalla giurisprudenza unanime delle sezioni specializzate, che hanno in primo luogo ribadito che anche a seguito delle più recenti modifiche, le Commissioni territoriali restano gli unici organi chiamati ad esprimersi sulla sorte delle domande amministrative di protezione internazionale, sia pure al fine di dichiarare che non devono essere sottoposte a nuovo esame perché radicalmente prive di elementi di novità, o che non devono essere assoggettate ad esame preliminare perché presuntivamente strumentali; le Commissioni hanno pertanto escluso che tale valutazione sia stata rimessa alle questure dalla nuova disciplina. Occorre infatti ricordare che ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 25/2008 le autorità competenti all'esame delle domande di protezione internazionale sono le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, di cui all'art. 4 mentre l'ufficio di polizia di frontiera e la questura sono competenti soltanto a ricevere la domanda, secondo quanto previsto dall'articolo 26.

Inoltre, è stato ribadito che il richiedente ha diritto a vedere emesso un provvedimento – quale il pronunciamento della Commissione – avverso il quale, secondo le procedure interne, poter esperire un ricorso giurisdizionale effettivo (diritto solennemente sancito tra l'altro dalla Carta di Nizza all'art. 47 e dalla direttiva procedure 2013/32/UE all'art. 46).

In proposito si deve rimarcare che secondo la CGUE (C-69/10 *Samba Diouf*, punti 58, 61), è sempre necessario che «i motivi addotti a giustificazione dell'applicazione di una procedura accelerata possano essere effettivamente contestati successivamente dinanzi al giudice nazionale e da questi vagliati nell'ambito del ricorso esperibile contro la decisione finale con la quale si conclude il procedimento relativo alla domanda di asilo».

2.6. *Profili critici della riforma: la valutazione di ammissibilità*

Anche sul piano sostanziale la restrizione delle garanzie introdotta nel 2018, in particolare all'art. 29-*bis*, si presta ad alcuni rilievi critici; l'art. 40 della direttiva procedure (2013/32/UE), in materia di domande reiterate recita: «Per decidere dell'ammissibilità di una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 2, lettera d), una domanda di protezione internazionale reiterata è anzitutto sottoposta a esame preliminare per accertare se siano emersi o siano stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi rilevanti per l'esame dell'eventuale qualifica di beneficiario di protezione internazionale». È bene porre l'accento sulla locuzione «se siano emersi», alla luce della quale deve ritenersi imprescindibile per l'organo decidente un passaggio ulteriore rispetto al mero esame delle motivazioni esposte nella prima presentazione della domanda reiterata, spesso

poco articolate anche per i limiti formali imposti dalla modulistica ministeriale. Si immagina il caso di un soggetto che provenga da un'area geografica divenuta – magari a sua insaputa – una zona a rischio elevato per l'insorgere di un conflitto, e che nel replicare la propria domanda di protezione si limiti a riproporre la vicenda già esposta in precedenza: ecco che la presunzione di strumentalità-infondatezza della domanda, se letta come presunzione assoluta, *juris et de jure*, rivela immediatamente la sua debolezza intrinseca e si prospetta come irragionevole.

2.7. Risposte della giurisprudenza

È da ritenere che l'omissione di una nuova richiesta di convalida a seguito della manifestazione della volontà di reiterare la domanda di asilo, concreti una violazione dell'art. 6, d.lgs. 142/2015, che al comma 5 ultima parte prevede (senza distinguere tra domande reiterate e non) che in tali casi si debba procedere ad una seconda convalida dinanzi alle sezioni specializzate. Numerose pronunce di merito, oltre a disporre la trasmissione della domanda reiterata alle competenti Commissioni territoriali per le loro determinazioni, hanno quindi disposto la immediata liberazione dai CPR dei richiedenti che avevano presentato domanda dichiarata inammissibile *ex art. 29-bis*, la cui posizione non era stata trasmessa alle sezioni specializzate per una nuova convalida nel trattenimento. Esemplicativa tra le altre la decisione del Tribunale di Roma dell'8.5.2019² secondo cui appunto «La procedura prevista dal nuovo testo dell'art. 29-bis del d.lgs. 25/08 non esclude l'applicazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 142/15, in base al quale il trattenimento del richiedente protezione internazionale (anche se trattasi di domanda reiterata) deve essere convalidato dal Tribunale ordinario (comma 5, ultimo periodo), trattandosi di una disposizione che non ha subito modifiche per effetto dell'introduzione del c.d. decreto sicurezza e della legge di conversione n. 132/18. Di conseguenza, la convalida del trattenimento non richiesta al Tribunale, nonostante la proposizione della domanda (reiterata) di protezione presso il CPR, rende il trattenimento illegittimo ed emesso in violazione dell'art. 13 della Costituzione».

Altra pronuncia di rilievo – frutto di interpretazione della norma parzialmente diversa da quella proposta dall'ufficio romano –, è quella con la quale il Tribunale di Milano³ ha ritenuto la disposizione in esame in contrasto con l'art. 40 della direttiva 2013/32/UE, sul presupposto che in essa sia effettivamente stabilita la competenza a decidere sulla ammissibilità della domanda in capo ad un ente accertatore diverso da quello previsto dagli artt. 3 e 4, d.lgs. 25/08, al di fuori delle ipotesi (tassative) previste dall'art. 4 co. 2, lett. a) e b), dir. 32/2013; la norma è censurata altresì in quanto propone una valutazione

2. Consultabile a https://www.questionegiustizia.it/doc/trib_roma_Decreto_rg_20808_2019_all_5.pdf.

3. Consultabile a <http://rivista.eurojus.it/il-tribunale-di-milano-da-rilevanza-al-primato-del-diritto-europeo-nella-disciplina-dellasilolo>.

automatica fondata sulla semplice sequenza temporale degli eventi, ed una presunzione assoluta di strumentalità della domanda. La decisione si segnala perché la soluzione adottata, di trasmissione degli atti alla Commissione ai fini dell'esame preliminare, discende dalla applicazione diretta ed immediata dell'art. 40 della direttiva, ritenuta dunque disposizione *self-executing*. La lettura in esame adotta il criterio della disapplicazione della norma interna come risoluzione dell'antinomia della stessa con la normativa dell'Unione, che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (si veda Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389) rappresenta una soluzione doverosa ma limitata alla singola fattispecie per cui è adottata, e non producendo effetto sulla vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, lascia ferma l'esigenza che il legislatore interno risolva in via definitiva l'antinomia eliminando la norma contrastante con l'ordinamento sovranazionale.

Il problema del contrasto tra norma interna e norma eurounitaria, come, è noto si presta a soluzioni operative differenziate, che vanno dall'interpretazione conforme, alla disapplicazione, alla sottoposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione, sino al ricorso alla Corte costituzionale (che si ritiene tuttavia comunemente soluzione riservata alle ipotesi di contrasto con una norma dell'Unione priva di efficacia diretta); quella dell'interpretazione conforme è l'opzione adottata dal Tribunale di Roma, che ha proposto dunque una lettura del nuovo art. 29-*bis* che faccia salva la competenza dell'organo accertatore a valutare dell'ammissibilità della domanda, e mantenga ferme le garanzie giurisdizionali assicurate in tema di libertà personale a tutti coloro che fanno richiesta di protezione internazionale. Due soluzioni – quelle di Roma e Milano – entrambe percorribili, e che hanno il pregio di offrire per diverse vie una risposta immediata all'esigenza di ricondurre gli aspetti maggiormente critici della riforma nel solco del diritto dell'Unione europea.

3. Ulteriori aspetti processuali

3.1. Avvio della fase giurisdizionale

L'art. 28-*bis*, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, in una visione di fondo che vede con sospetto e dunque con tendenziale sfavore la reiterazione della domanda, dispone che la domanda reiterata presentata senza addurre nuovi elementi venga trattata con procedura accelerata (co. 2 lett. b); sebbene i termini fulminanti previsti in linea generale dal comma 1 per le procedure di questa natura siano raddoppiati per le domande reiterate, essi restano comunque esigui ai fini di una compiuta articolazione delle ragioni del richiedente e ai fini dell'apprezzamento da parte della Commissione della situazione concreta ed individuale, tanto da indurre lo stesso legislatore, al comma 3, a prevederne il superamento, ove necessario, per assicurare un esame completo ed adeguato della domanda.

Ai sensi dell'art. 35-*bis*, d.lgs. 25/08 (norma che regola il procedimento di impugnazione delle decisioni negative delle Commissioni), il ricorso giurisdizionale è oggi (dopo le modifiche intervenute con d.l. 113/18) proponibile nel termine ordinario di 30 giorni. In precedenza era previsto invece un termine abbreviato di 15 giorni, in ordine al quale – in termini particolarmente rigorosi – si era espressa la Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 7880 del 16.4.2020, secondo la quale «In tema di reiterazione della domanda protezione internazionale, ai sensi dell'art. 28-*bis*, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 25 del 2008 (previgente al d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif. in legge n. 132 del 2018), il termine per impugnare il provvedimento della Commissione territoriale è ridotto della metà senza che rilevi l'omessa informativa al richiedente circa la procedura accelerata, atteso che oggetto della controversia non è il provvedimento negativo della Commissione, ma il diritto soggettivo alla protezione e la riduzione del termine discende direttamente dalla legge ed è pertanto rilevabile da chi impugna dal tenore del provvedimento», mentre diverso ragionamento era stato seguito in precedenza dalla stessa Corte con l'ordinanza n. 25876 del 12 settembre 2019 secondo la quale in caso di decisione di inammissibilità pronunciata dalla Commissione in seguito ad audizione e valutazione di nuovi documenti, doveva ritenersi operante il termine ordinario per l'impugnazione in luogo di quello ridotto, giacché «...ai fini del termine per la proposizione dell'impugnazione deve aversi riguardo all'effettivo contenuto del provvedimento impugnato, che, nel caso di specie, si atteggiava quale rigetto nel merito di una domanda reiterata ammissibile, nonostante l'incongruo dispositivo».

Il procedimento segue le regole ordinarie della impugnazione dei provvedimenti delle Commissioni territoriali, non è soggetto a sospensione feriale, deve essere trattato in via di urgenza, dovrebbe astrattamente concludersi in primo grado entro quattro mesi ed in sede di legittimità nel termine di sei mesi.

3.2. Valutazione di ammissibilità della domanda

Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. 18440/2019; 5089/2013; 4522/2015), il giudizio di ammissibilità della domanda reiterata presuppone che siano fatti valere elementi significativi ai fini della protezione intervenuti dopo la precedente decisione, ovvero nuovi riscontri e prove di fatti già allegati, che – incolpevolmente – non si sia potuto esibire in precedenza; ancora, è possibile sostenere la richiesta sulla base di elementi preesistenti, ma non dedotti perché all'epoca non supportati da prove. In altre parole, la deduzione di fatti pregressi e la produzione di prove preesistenti può ammettersi solo se la relativa omissione nella fase precedente può ritenersi scusabile.

Più in generale, appare logico ritenere che anche la valutazione della domanda reiterata segua i medesimi criteri di indagine previsti dall'art. 3 del d.lgs. 251/07 in materia di esame dei fatti e delle circostanze rilevanti, norma che prevede che l'interessato debba presentare

– appena ne ha la disponibilità – tutti gli elementi e gli eventuali documenti che possono motivare la sua richiesta di protezione. Si può ritenere poi che anche l’indagine circa la “scusabilità” della precedente omissione, in fase di esame della domanda reiterata, possa avvalersi di alcune delle regole probatorie di cui al comma 5 dell’articolo citato: in altre parole, per valutare la fondatezza delle ragioni per le quali alcuni elementi sono stati portati all’attenzione dell’organo decidente, solo in occasione della domanda successivamente proposta, potrà essere utilizzato il criterio della coerenza interna delle spiegazioni rese in proposito dal richiedente, oppure potrà essere valorizzata la eventuale presenza di riscontri esterni, o infine considerata la generale attendibilità del dichiarante.

4. Conclusioni

Si deve rimarcare che anche laddove le domande reiterate, superate le barriere immaginate dal legislatore, pervengano all’esame delle Commissioni e quindi delle sezioni specializzate, risulterà comunque determinante per l’esito del procedimento, l’impostazione culturale adottata in sede di valutazione dei presupposti della protezione, cui non dovrebbe in linea di principio fare velo alcuna forma di precomprensione.

Esempio virtuoso – a parere di chi scrive – di un modo corretto di affrontare il tema in esame, si rinviene nella pronuncia del 29.7.2019 del Tribunale di Bologna⁴: qui il giudice, nel ripercorrere la vicenda di una giovane donna nigeriana, è stato in grado di far emergere ed indagare elementi di valutazione in precedenza non tenuti in considerazione, dando conto approfonditamente nella motivazione delle ragioni per le quali alcuni aspetti della vicenda non erano emersi nel corso della prima richiesta di protezione, e vagliando la credibilità dei nuovi elementi secondo il percorso logico delineato dall’art. 3, d.lgs. 251/07, sia con riferimento alla coerenza interna che al riscontro con le fonti internazionali ed in particolare con linee guida dell’UNHCR a proposito degli indicatori sintomatici della soggezione al fenomeno della tratta.

Se dunque la disciplina delle domande reiterate presenta una veste apparente di razionalità, apprezzabile soprattutto in termini di economia processuale, di velocizzazione delle procedure, di automatizzazione (e dunque semplificazione) delle decisioni, è bene sottolineare che l’attrattiva che inevitabilmente ne consegue, non deve e non può tradursi in una mortificazione del lavoro del giudice della protezione, che se pure è esonerato (così come la Commissione) dal replicare necessariamente un esame “completo” (v. art. 40 direttiva procedure) deve comunque vigilare affinché non restino inascoltati aspetti significativi ed inclusivi della vicenda personale, che non può e non deve essere “liquidata” per il solo fatto

5. Consultabile: <https://www.meltingpot.org/Nigeria-domanda-reiterata-e-riconoscimento-dello-status-di.html#.X15V4mgzbl>.

di essere oggetto di reiterazione, in armonia con quanto dispongono in linea generale l'art. 3 e l'art. 8, co. 3 del d.lgs. 251/07, e prima ancora l'art. 47 della Carta di Nizza, l'art. 46 della direttiva procedure e l'art. 4 della direttiva 211/95 UE a mente del quale «Lo Stato membro è tenuto in cooperazione con il richiedente ad esaminare tutti gli elementi significativi della domanda».

5. Il decreto legge n. 130/2020

Nelle more della pubblicazione di questo scritto, il Governo in carica ha approvato il decreto legge n. 130/2020 che reca tra le altre, «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare ...», il cui testo è stato pubblicato il 21 ottobre. Sin dal preambolo appare chiara la finalità di ricondurre la disciplina dell'immigrazione nel quadro «dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia», e superare dunque alcune delle criticità che sono state da più parti individuate nella riforma del 2018, alcune delle quali – come si è cercato di delineare – anche incidenti sul tema delle domande reiterate.

L'art. 28-*bis*, in tema di procedure accelerate, viene integralmente sostituito: la nuova formulazione dispone che in caso di domanda reiterata presentata senza addurre nuovi elementi (art. 29, co. 1, lett. b), la Questura provveda senza ritardo a trasmettere la documentazione necessaria alla Commissione, affinché questa adotti a sua volta la decisione entro i successivi cinque giorni. Scompare il riferimento al raddoppio dei termini originariamente previsto dal comma 2, ma viene introdotta – in aderenza al dettato comunitario che attribuisce il diritto ad un esame effettivo –, la previsione per cui «i termini di cui al presente articolo possono essere superati ove necessario per assicurare un esame adeguato e completo dalla domanda, fatti salvi i termini massimi previsti dall'art. 27 commi 3 e 3-*bis*» (ovvero 6 mesi +9 mesi e – in casi eccezionali – ulteriori 3 mesi).

Ma è soprattutto la modifica dell'art. 29-*bis* che sembra intervenire a ricondurre ad unità il sistema: la norma – che mantiene inalterato il titolo – viene sostituita dal testo che segue: «Se lo straniero presenta una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale, la domanda è trasmessa con immediatezza al Presidente della Commissione territoriale competente che procede all'esame preliminare entro tre giorni e contestualmente ne dichiara l'inammissibilità ove non siano stati adottati nuovi elementi, ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett b)»; viene dunque ad essere ricomposta la frattura che si era venuta a creare con l'interpretazione data dalle Questure al testo previgente dell'articolo in esame, con la netta riaffermazione dell'investitura delle sole Commissioni Territoriali – o meglio dei loro Presidenti – a valutare dell'ammissibilità delle nuove domande di protezione internazionale.

Se il testo sarà convertito nella formulazione qui riportata, potrà essere indubbiamente superata una delle maggiori criticità che sopra si è tentato di evidenziare, sia sul piano della corretta ripartizione delle competenze tra diverse autorità amministrative, sia quanto alla attribuzione a coloro che reiterano la richiesta di protezione internazionale, della qualità di richiedenti asilo, sino al pronunciamento dei Presidenti delle Commissioni Territoriali, con ogni conseguenza anche sul piano delle garanzie in tema di libertà personale.

RASSEGNE

MARCO BALBONI E CARMELO DANISI, MARCO BORRACCETTI

Rassegna di giurisprudenza europea

Corte europea dei diritti umani¹

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Nel caso *M.K. e altri c. Polonia* (Corte Edu, sentenza del 23.07.2020) la Corte Edu riunisce i ricorsi avviati da tre famiglie russe per lamentare varie violazioni della Convenzione originate dal rifiuto delle autorità polacche di registrare le domande di protezione internazionale che avevano ripetutamente tentato di presentare al confine tra Bielorussia e Polonia. Nonostante fosse chiara la loro intenzione di chiedere asilo temendo, una volta scaduto il titolo di soggiorno in Bielorussia, di essere rinviiati in Cecenia, le autorità polacche al confine avevano ogni volta interrogato sommariamente i ricorrenti e, dopo aver adottato il relativo ordine, li avevano subito allontanati in Bielorussia. Ciò avveniva anche quando la Corte Edu aveva accolto, per ognuno dei ricorrenti, la richiesta di misure provvisorie *ex art. 39* del suo regolamento, indicando al Governo polacco di sospendere il loro rinvio fino all'esame dei rispettivi casi. Per il Governo polacco, tuttavia, i ricorrenti erano unicamente migranti economici e non avevano alcun titolo per far ingresso in Polonia, non trattandosi a suo avviso di allontanamenti in senso proprio ritenendo impossibile rinviare qualcuno che, tecnicamente, non era ancora entrato in territorio polacco. La Corte Edu rigetta innanzitutto le obiezioni dello Stato convenuto ritenendo, in particolare, come tutte le azioni adottate nei confronti dei ricorrenti ricadessero nella sua giurisdizione trattandosi di un territorio di confine posto sotto l'esclusivo controllo delle autorità polacche (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 13.02.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, in questa *Rivista*, XXII, 2, 2020). Quanto alla lamentata esposizione dei ricorrenti al rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu se rinviiati in Cecenia dopo il loro allontanamento in Bielorussia, la Corte Edu concorda con i ricorrenti nel ritenere che questi abbiano manifestato in modo evidente il rischio di *refoulement*, diretto e indiretto, alle autorità di confine. A tal fine rileva non solo la presentazione di richieste di asilo già compilate, ma anche il fatto che il Governo polacco fosse stato in vari modi informato della situazione dei ricorrenti considerate anche le richieste giunte dalla stessa Corte Edu. Ciononostante, non solo tali timori non sono stati adeguatamente considerati ma, tenuto conto delle note criticità del sistema di asilo in Bielorussia (ad es., Human Rights Watch, *Rapporto annuale sulla situazione dei diritti umani in Bielorussia*, 2017), le autorità polacche al confine non hanno nemmeno tutelato la sicurezza dei ricorrenti permettendo loro di rimanere sotto la giurisdizione dello Stato convenuto fino a un esame completo dei loro casi. Vi è stata dunque una violazione dell'art. 3 Cedu, cui si aggiungono la violazione del divieto di espulsioni collettive (art. 4, Prot. 4) e del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu) letto in combinato all'art. 3 e art. 4, Prot.

4, Cedu. Infatti, pur essendo stati interrogati e avendo ricevuto una decisione individuale ogni volta che si erano presentati al confine, non era stata comunque condotta una valutazione adeguata della situazione specifica dei ricorrenti facendo così assumere ai loro allontanamenti quel carattere collettivo di cui all'art. 4, Prot. 4 Cedu (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 23.02.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIV, 1, 2012, p. 104; Corte Edu, 21.10.2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, in questa *Rivista*, XVI, 3-4, 2014, p. 154). In tale situazione, era anche mancato un mezzo di ricorso effettivo attraverso cui far valere i rischi di *refoulement* individuale e di espulsione collettiva in contrasto a quanto invece richiede l'art. 13 Cedu. Infine, tenuto conto del mancato rispetto delle misure provvisorie indicate al Governo polacco, per la Corte Edu lo Stato convenuto è anche venuto meno all'osservanza degli obblighi derivanti dall'art. 34 della Convenzione.

In *Moustahi c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 25.06.2020), un padre e i suoi due figli, di cinque e tre anni all'epoca dei fatti, lamentano diverse violazioni della Cedu per il trattenimento e successivo respingimento dei ricorrenti minori alle Comore, da dove avevano tentato di raggiungere il padre, soggiornante in modo regolare a Mayotte, senza alcun accompagnatore. Intercettati in mare, i due minori venivano affidati a uno degli adulti presenti nell'imbarcazione, trattenuti senza l'adozione di alcun provvedimento a loro destinato e rinviati alle Comore nonostante i tentativi del padre di bloccare l'allontanamento. Dopo aver rigettato le obiezioni dello Stato convenuto, per il quale i ricorrenti hanno perso lo status di vittime ai sensi dell'art. 34 Cedu poiché hanno successivamente ottenuto un permesso di ingresso e soggiorno per motivi familiari, la Corte Edu esamina la lamentata violazione dell'art. 3 Cedu alla luce della sua giurisprudenza in materia che riconosce ai minori coinvolti nel processo migratorio una condizione di particolare vulnerabilità con l'affermazione di conseguenti obblighi positivi (cfr. Corte Edu, 12.07.2016, *R.M. e altri c. Francia*, e tutti gli altri casi decisi lo stesso giorno con la Francia in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017). Su tali basi, la Corte afferma che, nel caso di minori non accompagnati, le autorità nazionali devono fare tutto quanto possibile per stabilire con certezza i legami esistenti tra i minori interessati e l'adulto al/la quale intendono affidarli. Rispetto alla situazione specifica del territorio francese di Mayotte, essa osserva come esista una prassi sistematica di affidare i minori non accompagnati ad adulti sconosciuti non tanto per attuare il loro preminente interesse ma per permettere il loro rapido allontanamento. Ciò avviene nonostante l'ordinamento interno preveda la designazione di amministratore *ad hoc* che assista ogni minore non accompagnato. In effetti, nel caso dei ricorrenti minori, nessuna indagine preliminare era stata compiuta per chiarire i legami esistenti tra questi e l'adulto con cui sono stati trattenuti e poi allontanati. Inoltre, nonostante la loro specifica condizione, sono stati trattenuti come qualsiasi altro adulto e rinviati alle Comore senza alcuna previa garanzia circa adeguate condizioni di accoglienza all'arrivo. Così, tenuto conto dei sentimenti di angoscia e delle conseguenze traumatiche che tutto ciò ha potuto generare nei loro confronti, per la Corte Edu nel caso dei ricorrenti minori è stata superata la soglia di

gravità richiesta dall'art. 3 Cedu con conseguente violazione di questa parte della Convenzione. Tale soglia non è invece stata superata relativamente alla sofferenza e all'inquietudine generate nel padre dagli eventi riguardanti i figli, essendo peraltro colui che li aveva indirizzati a intraprendere un viaggio di fortuna verso la Mayotte. Pertanto, nei suoi confronti non vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu. Inoltre, i ricorrenti minori hanno subito anche una violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza personale (art. 5, para. 1 e 4), poiché la privazione della loro libertà non aveva alcun fondamento giuridico e non era stata accompagnata da un ordine di trattenimento o allontanamento a loro specificamente rivolto, rendendo nulla ogni possibilità di ricorso dinanzi le autorità giudiziarie. A ciò si aggiungono: una violazione dell'art. 8 Cedu nei confronti di tutti i ricorrenti, in quanto l'interferenza subita con il trattenimento dei minori nonostante la presenza in loco del padre non era prevista dalla legge e comunque non rispondeva all'attuazione del loro preminente interesse; una violazione del divieto di espulsioni collettive (art. 4, Prot. 4 Cedu) nei confronti dei ricorrenti minori, in quanto le autorità interne non avevano condotto alcun esame individuale e oggettivo della loro situazione prima di rinviarli alle Comore; e una violazione del diritto a un ricorso effettivo (art. 13), letto in combinato con l'art. 8 e art. 4 del quarto Protocollo addizionale alla Cedu, poiché, data la particolare celerità con cui è avvenuto il trattenimento e il successivo allontanamento, qualsiasi esame della situazione da parte delle autorità giudiziarie, anche rispetto ai ricorsi presentati nel giro di qualche ora dal sig. Moustahi, risultava di fatto impossibile.

Il caso *M.S. c. Slovacchia e Ucraina* (Corte Edu, sentenza dell'11.06.2020) riguarda un cittadino afghano che, temendo persecuzioni in seguito all'omicidio del padre, aveva raggiunto la Slovacchia attraverso il confine ucraino. Fermato dalle autorità di confine slovacche, veniva interrogato con il supporto di un interprete e, dopo aver dichiarato di non voler richiedere protezione internazionale, veniva consegnato alle controparti ucraine. In Ucraina veniva trattenuto e, una volta rigettata la sua domanda di asilo, allontanato in Afghanistan. Lamentava quindi la violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu) e del diritto alla libertà e alla sicurezza personale (art. 5 Cedu) da parte sia della Slovacchia sia dell'Ucraina. La Corte Edu innanzitutto rigetta come manifestamente infondate le parti del ricorso relative alle presunte violazioni da parte della Slovacchia, le cui autorità avevano sostanzialmente osservato tutte le garanzie procedurali a tutela del ricorrente prima e durante il suo rinvio in Ucraina, nonché alla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu per le condizioni materiali di detenzione in Ucraina non essendo supportata da prove. Invece, quanto all'operato delle autorità ucraine in relazione all'allontanamento del ricorrente in Afghanistan, la Corte Edu osserva come esse non abbiano esaminato in modo appropriato l'eventuale rischio cui poteva essere esposto il sig. M.S. nel suo Paese di origine. Ciò si desume dalle contraddizioni e dagli errori materiali riscontrabili anche nelle decisioni destinate al ricorrente, ma anche dal fatto che l'ordine di allontanamento fosse stato notificato dopo che il suo trasferimento era già stato avviato. Venute meno tali garanzie procedurali (diversamente ad

es. da Corte Edu, 25.02.2020, *A.S.N. e altri c. Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, XXII, 2, 2020), e indipendentemente dall'esito a cui tale esame avrebbe condotto, per la Corte Edu vi è stata una violazione dell'art. 3 Cedu da parte dell'Ucraina. Inoltre, considerato che le autorità ucraine non hanno presentato sufficienti elementi volti a confutare la denuncia del ricorrente circa la mancata informazione, in una lingua a lui comprensibile, delle ragioni per cui veniva trattenuto e sui mezzi di ricorso disponibili per contestare la legittimità dello stesso trattenimento, vi è anche stata una violazione dell'art. 5, para. 2 e 4, Cedu.

Nel caso *S.A. c. Paesi Bassi* (Corte Edu, sentenza del 2.06.2020) un cittadino sudanese, identificatosi come originario del Darfur e di origine etnica non araba, lamenta l'eventuale violazione dell'art. 3 Cedu nel caso in cui venisse allontanato nel suo Paese di origine. L'ordine di allontanamento era seguito al rigetto delle ripetute domande di protezione internazionale per ragioni di non credibilità. In particolare, durante le interviste il sig. S.A. aveva fornito risposte vaghe sul Darfur e, al contempo, risultavano contraddittorie le sue dichiarazioni in merito alle sue identità e origini rispetto alle risultanze del test linguistico cui era stato sottoposto per stabilirne la reale provenienza. La Corte Edu ribadisce, in primo luogo, che nel Sudan non si riscontra una situazione così grave da comportare essa stessa una violazione dell'art. 3 Cedu in caso di rinvio (Corte Edu, 30.05.2017, *A.I. v. Svizzera e N.A. c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XIX, 3, 2017). In secondo luogo, dopo aver ricordato come rispetto alle circostanze personali del ricorrente le autorità interne siano meglio posizionate per valutarne la credibilità, la Corte ritiene che, nel corso dei vari procedimenti, il sig. S.A. abbia avuto varie opportunità per chiarire le contraddizioni a lui contestate, che l'esame della sua situazione sia stato condotto in modo adeguato e che, in tutti i procedimenti, sia stato anche assistito da un avvocato. Inoltre, per la Corte Edu, se è vero che una persona come il ricorrente possa comunque essere discriminata in Sudan per le sue origini, ciò non è sufficiente per ritenere che il sig. S.A. possa essere esposto a un trattamento vietato dall'art. 3 Cedu. Inoltre, non vi sono elementi tali per ritenere che le autorità sudanesi nutrano un qualche interesse per il ricorrente. Di conseguenza, l'allontanamento del sig. S.A. non darebbe luogo a una violazione del divieto di tortura e altri trattamenti inumani o degradanti. Quanto invece alla presunta violazione del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu) nel lamentare i rischi cui sarebbe esposto in Sudan, la Corte Edu conclude che non vi è stata violazione di tale disposizione proprio perchè il ricorrente aveva avuto la possibilità di contestare le decisioni con cui erano state rigettate le sue domande di asilo e di avanzare, nel corso dei vari procedimenti interni, tutti gli elementi utili per un esito a lui favorevole.

Con il caso *N.H. e altri c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 2.07.2020) la Corte Edu torna a esaminare congiuntamente i ricorsi relativi a presunti violazioni dell'art. 3 Cedu lamentate da richiedenti asilo che, arrivati in Francia, non avevano avuto accesso alle misure di accoglienza previste dall'ordinamento interno e che, nonostante i ripetuti appelli, venivano di fatto

abbandonati al loro destino dalle autorità competenti (cfr. Corte Edu, 9.1.2020, *B.L. e altri c. Francia*, in questa *Rivista*, XXII, 2, 2020). In particolare, per il sig. N.H. e gli altri ricorrenti, tutti cittadini afgani, era stato inizialmente impossibile dimostrare il loro status di richiedenti asilo perché avevano visto fissare la registrazione della loro domanda di protezione internazionale molte settimane dopo il loro arrivo. Una volta avvenuta la registrazione, però, avevano continuato a non aver accesso ai servizi essenziali previsti dalla normativa interna data la situazione di emergenza generata da un elevato afflusso di richiedenti asilo, rimanendo quindi in una situazione di precarietà estrema. Dopo aver radiato dal ruolo uno dei ricorsi, la Corte Edu ricorda come situazioni di significativo afflusso di richiedenti asilo, ritenuti vulnerabili per il percorso migratorio e le esperienze traumatiche affrontate, non esonerano gli Stati parte dall'osservare le garanzie previste dall'art. 3 Cedu tenuto conto del suo carattere assoluto e del valore fondamentale che ricopre in una società democratica (tra le altre, Corte Edu, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017, par. 184). Il suo rispetto, tuttavia, non implica l'obbligo di garantire ai richiedenti asilo e rifugiati un particolare standard di vita. La Corte Edu nota come, non essendo autorizzati a lavorare, i ricorrenti fossero totalmente dipendenti dal supporto delle autorità pubbliche. Ciononostante, a causa del ritardo nella registrazione delle loro domande di protezione internazionale, erano stati costretti a vivere per lungo tempo (fino a 262 giorni nel caso più grave) con il timore di essere espulsi dalla Francia, alloggiando per strada e senza accesso a pasti regolari, a cure o a qualche tipo di aiuto finanziario. Inoltre, alla luce del gran numero di arrivi, le soluzioni di emergenza pur previste dalle autorità locali venivano assicurate sulla base della vulnerabilità delle persone interessate, escludendo di fatto richiedenti maschi, adulti e senza figli come i ricorrenti. Alla luce di ciò e considerata l'inerzia delle autorità francesi pur sollecitate, la Corte Edu ritiene che tre ricorrenti siano stati effettivamente esposti a un trattamento degradante, in violazione dell'art. 3 Cedu, che ha suscitato in loro "sentimenti di paura, angoscia o inferiorità che possono condurre alla disperazione" (par. 184) (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 21.01.2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in questa *Rivista*, XIII, 2, 2011, p. 111; Corte Edu, 18.05.2017, *S.G. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XIX, 3, 2017). Invece, nel caso del richiedente che ha visto registrata la sua domanda di asilo entro un mese dal suo arrivo e che ha ottenuto un aiuto finanziario dopo 'soli' 63 giorni, per la Corte Edu il trattamento a lui riservato non ha raggiunto il livello di gravità richiesto dall'art. 3 Cedu. Pertanto, rispetto a quest'ultimo, non vi è stata violazione di tale disposizione.

Infine, nel periodo in esame, la Grande Camera della Corte Edu ha ritenuto inammissibile il ricorso presentato da una famiglia siriana che lamentava, tra l'altro, una violazione dell'art. 3 Cedu per aver visto negata la loro richiesta di visto umanitario, presentata nell'Ambasciata del Belgio in Libano, per fare ingresso legalmente in Europa e chiedere protezione internazionale rispetto alla violenza cui erano esposti in Siria (Corte Edu, Grande Camera, *M.N. e altri c. Belgio*, decisione del 5.05.2020). Per la Corte Edu, che distingue

questo caso da tutti gli altri casi di respingimento o presenza di migranti e richiedenti asilo alla frontiera, i ricorrenti non rientrano nella giurisdizione del Belgio ai sensi dell'art. 1 Cedu (Corte Edu, Grande Camera, 23.02.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIV, n. 1, 2012, p. 104; Corte Edu, Grande Camera, 13.02.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, in questa *Rivista*, XXII, 2, 2020). Infatti, per quanto sia vero che le autorità belghe abbiano esercitato il potere pubblico nell'esaminare e negare la richiesta di visto dei ricorrenti, il sig. M.N. e la sua famiglia non si trovavano in territorio belga o sotto il controllo extraterritoriale del Belgio. Se la loro presenza nella rappresentanza diplomatica dello Stato convenuto non risulta rilevante a tal fine, essendo stati peraltro liberi di entrare e uscire dai locali dell'Ambasciata senza risultare, in alcun momento, sotto il controllo di fatto degli agenti diplomatici, non esistevano particolari legami che potessero ricondurli sotto la giurisdizione belga (ad es. la cittadinanza belga o situazioni relative alla loro vita privata o familiare). Per la Corte Edu, nemmeno i procedimenti giudiziari instaurati in Belgio in seguito all'appello presentato dai ricorrenti contro il diniego del visto rappresentano una circostanza eccezionale che possa giustificare, di per sé, l'applicazione extraterritoriale della Convenzione. Infatti, in caso contrario, si darebbe alla Cedu un'applicazione quasi universale, potendo ogni individuo, indipendentemente dal luogo in cui si trova nel mondo, generare unilateralmente un legame giurisdizionale con uno Stato parte della Cedu attraverso la presentazione di un ricorso dinanzi ai giudici interni. Una tale posizione sarebbe, per la Corte, contraria al diritto inalienabile degli Stati parte di controllare i propri confini. Per queste ragioni, il ricorso è stato ritenuto quindi inammissibile.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

Il caso *Muhammad Saqawat c. Belgio* (Corte Edu, sentenza del 30.06.2020) riguarda un cittadino del Bangladesh che, giunto in Belgio, veniva collocato in un centro di trattenimento per stranieri in attesa della valutazione della sua domanda di protezione internazionale, poco dopo rigettata. Nonostante ne venisse ordinata la liberazione in quanto per i giudici interni le autorità competenti non avevano esaminato la sua situazione personale e avevano adottato decisioni motivate in modo stereotipato, il ricorrente vedeva continuamente privata la sua libertà personale sulla base di nuove decisioni di trattenimento per un totale di cinque mesi circa. Ritenendo di aver subito un trattenimento illegittimo, anche per la mancanza di un mezzo di ricorso effettivo attraverso cui ottenere la sua liberazione, il sig. Saqawat lamentava una violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza di cui all'art. 5, para. 1 e 4, Cedu. Limitando l'esame del caso ai periodi detentivi relativi alle decisioni contro cui il sig. Saqawat aveva effettivamente presentato ricorso sollevando anche la presunta violazione della Cedu dinanzi ai giudici interni, la Corte Edu concorda con questi ultimi nel ritenere che il trattenimento del ricorrente non poteva essere considerato regolare ai sensi dell'art. 5, para. 1, Cedu durante due periodi specifici (pari più o meno a una settimana ciascuno) poiché, rispettivamente, non fondato su una decisione motivata da un esame circostanziato della sua situazione personale il

primo e non coperto da alcuna decisione in quanto decaduta e non rinnovata il secondo. Vi è stata pertanto una violazione di tale disposizione. Inoltre, tenendo conto che il ricorrente aveva ottenuto più decisioni a lui favorevoli ma non era stato liberato perché venivano adottate di seguito nuove decisioni di trattenimento, vi è stata anche una violazione dell'art. 5, para. 4, Cedu per l'inesistenza di un ricorso che potesse statuire in modo definitivo e in tempi brevi sulla legittimità del trattenimento subito dal sig. Saqawat ordinandone la liberazione.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

In *Keita c. Ungheria* (Corte Edu, sentenza del 12.05.2020) la Corte Edu si pronuncia in merito al ricorso presentato da un apolide di discendenza somala e nigeriana che, giunto irregolarmente in Ungheria, non era riuscito a regolarizzare il suo status per circa quindici anni. Dopo aver rigettato la sua domanda di asilo, le autorità ungheresi ne ordinavano l'allontanamento in Nigeria senza informare il ricorrente della procedura prevista dalla legge per ottenere il riconoscimento dello status di apolide. Venuto a conoscenza di tale procedura, il sig. Keita vedeva rigettata la sua domanda in quanto lo status di apolide poteva essere riconosciuto unicamente a chi possedeva già un regolare titolo di soggiorno. Nel corso di un secondo procedimento interno, tale requisito veniva ritenuto dalla Corte Costituzionale contrario agli obblighi internazionali dell'Ungheria, in particolare alla Convenzione delle Nazioni Unite sullo status delle persone apolidi del 1954, e quindi abrogato. Il ricorrente veniva così riconosciuto quale apolide potendo godere di benefici, come le cure essenziali o l'accesso al lavoro, che gli erano stati a lungo negati. Ritenendo opportuno esaminare il caso sotto il profilo dell'art. 8 Cedu, in particolare del rispetto per la vita privata alla luce dei legami oramai stabiliti dal sig. Keita in Ungheria, la Corte Edu si concentra sull'esistenza di una procedura chiara e accessibile attraverso cui il ricorrente potesse regolarizzare la sua posizione (cfr. Corte Edu, 26.04.2018, *Hoti c. Croazia*, in questa *Rivista*, XX, 2, 2018). A tal fine, la Corte nota come il suo status di apolide fosse evidente già poco dopo il suo arrivo in Ungheria, sin dal rifiuto opposto dalle autorità nigeriane di riconoscere il sig. Keita come proprio concittadino. Nonostante ciò, per il modo in cui era formulata la legge in materia di apolidia, prima della decisione della Corte Costituzionale il ricorrente non aveva avuto alcuna concreta possibilità di regolarizzare la sua posizione con serie ripercussioni sul godimento del diritto al rispetto per la sua vita privata, inclusa l'impossibilità di contrarre matrimonio con la sua compagna. Pertanto, nel suo caso, vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

Il caso *Rana c. Ungheria* (Corte Edu, sentenza del 16.07.2020) riguarda un cittadino iraniano che aveva ottenuto lo status di rifugiato in ragione della sua identità di genere e che lamentava una violazione del diritto di cui all'art. 8 Cedu per l'impossibilità di ottenere, in Ungheria, la modifica del sesso indicato nei suoi documenti di identità iraniani in modo che questi corrispondessero alla sua identità di genere (cfr. su tali richieste www.sogica.org e la raccolta bibliografica presente nella relativa banca dati). Secondo le autorità ungheresi, la nascita del sig. Rana era stata registrata da autorità straniere per cui esse non erano competenti in

materia. Pur affermando la stretta connessione tra diritto al nome, diritto al cambio di genere e inviolabilità della dignità personale, la Corte Costituzionale ungherese riteneva come il quadro giuridico interno non permettesse ai non aventi la cittadinanza ungherese di ottenere la modifica richiesta dal ricorrente e esortava unicamente il Governo ad apportare le necessarie modifiche legislative a tal fine. Dopo aver ricordato che il diritto al rispetto per la vita privata tutela l'identità di genere e il cambio del nome come componenti essenziali dell'identità individuale (Corte Edu, 11.10.2018, *S.V. c. Italia*, par. 57-59), la Corte Edu ritiene che gli Stati parte della Cedu godono di un margine di apprezzamento sensibilmente ristretto quando sono in gioco aspetti così fondamentali della persona, anche nonostante l'esistenza di un interesse generale a mantenere regole stringenti in materia di stato civile. Poiché la Cedu protegge i diritti in modo effettivo e non illusorio, le autorità ungheresi avrebbero dovuto tenere conto della ragione per cui il sig. Rana ha ottenuto lo status di rifugiato, non essendo ragionevole attendersi che quest'ultimo potesse rivolgersi alle autorità del suo Paese proprio in relazione al motivo per cui teme di essere perseguitato. Pertanto, venendo meno all'obbligo di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi individuali e collettivi in gioco nel caso specifico, vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu.

Nel caso *Omorefe c. Spagna* (Corte Edu, sentenza del 23.06.2020), una cittadina nigeriana soggiornante irregolarmente in Spagna chiedeva, subito dopo il parto, che suo figlio fosse affidato temporaneamente alle autorità competenti, a causa della sua condizione di precarietà. Dopo aver dichiarato il minore in stato di abbandono, le autorità spagnole informavano la ricorrente che avrebbe potuto riavere suo figlio a condizione che, entro un determinato periodo, avesse superato le sue difficoltà socio-economiche dando prova di risorse stabili e adatte ad assicurare il normale sviluppo del minore. Ciononostante, non veniva predisposto alcun piano di sostegno nei confronti della ricorrente e, poco dopo, il minore veniva collocato in affido preadottivo e le visite della madre venivano sospese. Se in un primo momento l'*Audiencia provincial* accoglieva il ricorso della sig.ra Omorefe che si opponeva all'adozione, ritenendo che questa misura non fosse supportata né da appropriati esami psicologici né dalla situazione di povertà della ricorrente, la stessa Corte ne dichiarava poi l'adottabilità data l'età oramai raggiunta dal minore e i legami creatisi con la famiglia affidataria. Sulla base degli obblighi positivi di facilitare i legami familiari nonché l'esigenza di attribuire un'adeguata considerazione agli interessi del minore alla luce delle circostanze specifiche di ogni caso (cfr. Corte Edu, 16.07.2015, *Akinnibosun c. Italia*, in questa *Rivista*, XVII, 3-4, 2015), la Corte Edu si concentra sulla necessità in una società democratica dell'interferenza subita dalla ricorrente nel godimento del rispetto per la sua vita familiare a causa dell'adozione del figlio. A tal fine, la Corte nota come le autorità spagnole non si siano attivate prontamente per facilitare il raggiungimento delle condizioni poste al reintegro del minore nella sua famiglia naturale. Tenuto conto delle tempistiche dell'affidamento preadottivo, per la Corte Edu tale reintegro non è mai stato preso seriamente in considerazione dalle autorità interne, le quali

non hanno proceduto a un serio bilanciamento tra gli interessi della madre e quelli del minore come dimostrato anche dall'assenza di qualsiasi rapporto psicologico o esami indipendenti nell'autorizzare l'adozione in assenza del consenso materno. Con il loro comportamento, le autorità spagnole hanno invece reso definitiva una rottura dei legami familiari che inizialmente era solo temporanea. Vi è stata quindi violazione dell'art. 8 Cedu. Inoltre, tenendo conto delle circostanze particolari del caso, ai sensi dell'art. 46 Cedu, la Corte Edu ha invitato le autorità interne a riconsiderare in tempi rapidi le circostanze della ricorrente e del minore al fine di permettere il ripristino dei contatti tra gli stessi.

Il caso *Hirtu e altri c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 14.05.2020) riguarda sette cittadini rumeni di etnia Rom, stanziati in un accampamento di fortuna con le loro famiglie alla periferia di Parigi, ai quali veniva ordinato di sgomberare l'area in brevissimo tempo e senza la predisposizione di soluzioni abitative alternative. Mentre i ricorsi presentati da alcuni di essi contro l'ordinanza del prefetto venivano rigettati, prima della data prevista per l'evacuazione forzata la gran parte dei ricorrenti si spostavano in un altro accampamento dal quale, tuttavia, venivano comunque allontanati dalla polizia con il sequestro di quasi tutte le loro roulotte. Se alcuni tornavano infine in Romania, altri venivano supportati dai servizi sociali. Per lo sgombero subito e le conseguenti condizioni di vita, tutti i ricorrenti lamentavano una violazione degli artt. 3, 8 e 13 Cedu. Pronunciandosi solo nei confronti di quei ricorrenti che avevano mantenuto i contatti con il loro rappresentante legale, la Corte Edu ritiene molto rapidamente che non vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu dal momento che lo sgombero non era di fatto avvenuto. Se in generale non erano emersi episodi di violenza, le autorità francesi non si erano nel complesso del tutto disinteressate alla loro situazione successiva. Passando alla presunta violazione del diritto alla vita privata e familiare, la Corte Edu riconosce tuttavia che l'ordinanza del prefetto e gli eventi successivi hanno certamente determinato un'interferenza nel godimento del diritto di cui all'art. 8 Cedu. Se tale interferenza era prevista dalla legge e volta a perseguire scopi legittimi, inclusa la tutela della sicurezza e della salute pubblica, occorre stabilire se essa potesse definirsi anche necessaria in una società democratica alla luce della condizione di particolare vulnerabilità riconosciuta alla comunità Rom (Corte Edu, 17.10.2013, *Winterstein e altri c. Francia*, in questa *Rivista*, XV, 4, 2013). A tal fine, la Corte nota come, nonostante le autorità interne possano legittimamente sgomberare un terreno occupato in modo abusivo, le modalità con cui avevano operato nel caso specifico risultavano discutibili. Oltre al breve preavviso, le autorità francesi non avevano prontamente offerto alloggi alternativi né avevano fatto ricorso a una procedura che permettesse agli interessati di veder esaminata, in modo certo, la proporzionalità della misura adottata nei loro confronti rispetto agli scopi pubblici perseguiti. Pertanto, venendo anche meno tali garanzie procedurali, per la Corte Edu vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu. A quest'ultima si aggiunge una violazione del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu), letto in combinato con gli artt. 3 e 8 Cedu, in quanto per la Corte i mezzi di ricorso a disposizione

dei ricorrenti interessati non potevano definirsi effettivi. Lo dimostra, tra l'altro, la mancata considerazione delle presunte violazioni della Cedu da parte dei giudici di primo e secondo grado intervenuti, a vario titolo e in tempi comunque non rapidi, nel caso dei ricorrenti.

Infine, in quattro diversi ricorsi relativi a interferenze nel godimento del diritto al rispetto per la vita privata e/o familiare generate da ordini di allontanamento e/o divieti di reingresso, la Corte Edu giunge alla medesima conclusione ritenendo il bilanciamento dei diversi interessi in gioco operato dalle autorità interne sostanzialmente corretto alla luce della giurisprudenza consolidata in materia (Corte Edu, 6.06.2013, *Uner c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, 2, 2013, p. 89). In *Pormes c. Paesi Bassi* (Corte Edu, sentenza del 28.07.2020), riguardante un cittadino indonesiano che era ignaro delle sue vere origini essendo arrivato in Europa con il presunto padre olandese all'età di quattro anni e aveva vissuto da sempre come se avesse la cittadinanza dello Stato ospitante, la Corte Edu ritiene che le autorità interne hanno operato un corretto bilanciamento tra interessi in gioco nell'ordinare il suo allontanamento in seguito a numerose condanne penali. Infatti, anche se il ricorrente ha costruito forti legami con i Paesi Bassi e sono quasi assenti relazioni con l'Indonesia, occorre tenere conto dei ripetuti reati commessi dal ricorrente, alcuni dei quali anche contro l'integrità fisica di giovani donne. Inoltre, quale giovane adulto, per la Corte Edu non avrebbe grosse difficoltà a stabilirsi nel suo Paese di origine, mentre potrebbe continuare a mantenere rapporti con la sua famiglia (di fatto) olandese attraverso mezzi virtuali o dopo aver richiesto i visti previsti dall'ordinamento interno. Pertanto, non vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu. Allo stesso modo, nel caso *Azerkane c. Paesi Bassi* (Corte Edu, sentenza del 2.06.2020), relativo a un cittadino marocchino nato e vissuto con la sua famiglia nei Paesi Bassi e al quale era stato revocato il permesso di soggiorno con un contestuale divieto di re-ingresso per dieci anni, la Corte Edu ritiene giustificata l'ingerenza subita dal ricorrente nel godimento del diritto al rispetto per la vita privata e familiare. Infatti, oltre a essere prevista dalla legge e perseguire fini legittimi, tale interferenza risulta anche necessaria in una società democratica poiché, tenuto conto del suo evidente profilo criminoso date le condanne subite e del carattere temporaneo del divieto di reingresso, lo Stato convenuto non ha accordato un peso eccessivo all'esigenza di prevenire il crimine rispetto agli interessi personali del sig. Azerkane. Quindi, nonostante i legami con il Paese di origine siano limitati, per la Corte Edu l'esecuzione delle misure previste nei confronti del ricorrente non darebbero luogo a una violazione dell'art. 8 Cedu. Simile ragionamento è stato seguito dalla Corte Edu in *Veljkovic-Jukic c. Svizzera* (Corte Edu, sentenza del 21.07.2020), riguardante una cittadina della Bosnia-Herzegovina che per diciotto anni aveva vissuto regolarmente in Svizzera ma che, in seguito a una condanna per traffico di stupefacenti, vedeva revocato il suo permesso di soggiorno con un contestuale divieto di reingresso per sette anni. Nel valutare la legittimità dell'ingerenza subita dalla ricorrente, la Corte Edu attribuisce particolare importanza al tipo di reato commesso ritenendo che le autorità degli Stati parte devono dare prova di particolare fermezza nella lotta al traffico di droga. Pertanto,

nonostante la sig.ra Veljkovic-Jukic sia ben integrata in Svizzera, abbia una vita familiare stabile e abbia assunto un comportamento responsabile dopo aver scontato la sua pena, la Corte Edu concorda con il bilanciamento di interessi operato dalle autorità svizzere. Tenuto peraltro conto del carattere temporaneo del divieto di reingresso e dei legami ancora esistenti tra la ricorrente e il suo Paese di origine che ne faciliterebbero il suo ricollocamento, nel suo caso non vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu. Per le stesse ragioni legate alla gravità di condanne legate a traffico di stupefacenti, la Corte Edu ritiene giustificata l'interferenza nel godimento del diritto al rispetto per la vita familiare lamentata da un cittadino kosovaro che era stato allontanato dalla Svizzera, con divieto temporaneo di reingresso, dopo aver soggiornato nello Stato convenuto per diciannove anni ma in cui, tuttavia, né risultava integrato né manteneva rapporti regolari con la moglie e il figlio, entrambi con significativi problemi di salute (Corte Edu, *K.A. c. Svizzera*, sentenza del 7.07.2020). Ritenendo le misure contestate dal ricorrente proporzionali allo scopo legittimo perseguito dalle autorità interne, anche in questo caso per la Corte Edu non vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu.

¹ *La rassegna relativa all'art. 3 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 5-8 di C. Danisi.*

Corte di giustizia dell'Unione europea²

Trattenimento di richiedenti asilo e cittadini di Paesi terzi in situazione irregolare: aspetti sostanziali e procedurali

Nel caso *FMS e al.* (CGUE, C-924/19 PPU E C-925/19 PPU, 14 maggio 2020), sono stati affrontati molteplici aspetti inerenti alle garanzie da accordare al cittadino di Stato terzo contro il quale è stata pronunciata una decisione di rimpatrio a fronte di diniego della domanda di protezione internazionale. Il caso *FMS* propone numerosissime questioni da risolvere attraverso l'interpretazione delle direttive 2012/32 (direttiva procedure), 2013/33 (direttiva accoglienza) e 2008/115 (direttiva rimpatri). Il giudice ungherese trovatosi a decidere le cause interne voleva sapere se la normativa nazionale sul diritto d'asilo e sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare fosse compatibile con il diritto UE sotto molti punti di vista. Le cause concernevano l'irricevibilità di domande di protezione internazionale dei ricorrenti ed il loro allontanamento e il divieto di ingresso e soggiorno nel territorio ungherese per la durata di un anno. Va detto che i provvedimenti controversi erano stati adottati da autorità amministrative e che gli interessati erano stati confinati permanentemente in una zona di transito dal perimetro limitato e chiuso. La Corte si dichiara competente a rispondere ai numerosissimi e articolati quesiti del giudice del rinvio. Inizia la sua disamina focalizzandosi sulla natura e sugli effetti di una decisione che altera il contenuto di una decisione precedente con cui viene disposto il rinvio dei ricorrenti nel giudizio principale. Nel caso in discussione era stata modificata la destinazione del rimpatrio riguardante gli interessati. La CGUE annota che le decisioni di modifica delle decisioni di rimpatrio sono provvedimenti soggetti alle garanzie di cui all'art. 13, par. 1, della direttiva 2008/115. Siccome la destinazione è un elemento fondamentale di una decisione di rimpatrio, se l'autorità competente modifica questo elemento in un secondo momento, l'atto adottato è automaticamente una nuova decisione di rimpatrio ai sensi dell'art. 3, punto 4, della direttiva 2008/115, contro cui devono essere concessi all'interessato mezzi di ricorso effettivo, come imposto dell'art. 13, par. 1. D'altronde, la destinazione è cruciale per capire se è stato rispettato il principio di *non-refoulement*; sicché, un cambio di destinazione nella decisione di rimpatrio implica una nuova valutazione del rispetto di questo principio. Più in generale, l'assimilazione della decisione di modifica a una nuova decisione di rimpatrio presuppone che l'autorità competente debba ancora una volta vigilare sul rispetto di tutte le norme procedurali previste dalla direttiva 2008/115 e che disciplinano l'adozione di una decisione di rimpatrio; il tutto, sempre considerando le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'interessato. La Corte mette in risalto anche un altro aspetto, cioè che, nel dubbio, la seconda decisione non potrebbe mai essere considerata di "allontanamento", perché l'art. 8 della direttiva 2008/115 prevede che la decisione di allontanamento dia esecuzione a quella di rimpatrio. Ma non può essere questo il caso: visto che la decisione successiva modifica la precedente, l'effetto prodotto va ben al di là di quello attribuito a una decisione di esecuzione, come quella di allontanamento. Tanto premesso,

nonostante l'art. 13, par. 1, della direttiva 2008/115 non escluda che le decisioni di rimpatrio possano essere contestate dinnanzi ad autorità diverse da quelle giudiziarie, occorre pur sempre interpretare tale disposizione alla luce dell'art. 47 della Carta, che riconosce e garantisce a tutti il diritto a un ricorso effettivo. Ne consegue che, nell'ambito dell'intero procedimento, una decisione di rimpatrio presa da un'autorità amministrativa ad un certo punto deve poter essere esaminata da un giudice che abbia le caratteristiche individuate dall'art. 47 della Carta (organo indipendente, imparziale, precostituito per legge). Poiché nel caso specifico è stato dimostrato che le autorità che potevano essere coinvolte nel corso del procedimento erano tutte in qualche modo dipendenti dall'esecutivo nazionale, la normativa ungherese non è in linea con il diritto UE. In virtù del principio del primato e degli effetti diretti (riconosciuti all'art. 47 della Carta e all'art. 13, par. 1, della direttiva rimpatri), in un'ipotesi come quella in esame spetta agli organi giurisdizionali nazionali dichiararsi competenti a conoscere del ricorso proposto dall'interessato per difendere i diritti che gli sono garantiti dal diritto UE. In esito a questa prima analisi, la Corte vira sul tema dell'inammissibilità di una domanda di protezione internazionale. Dichiarò che ciò non può essere deciso solo perché è emerso che, prima di giungere nello Stato membro ritenuto competente, il richiedente era transitato da uno Stato terzo in cui non sarebbe stato esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave e dove comunque avrebbe ricevuto un adeguato livello di protezione. L'art. 33, par. 2, della direttiva 2013/32 elenca esaustivamente le circostanze in cui gli Stati membri possono considerare una domanda di protezione internazionale inammissibile. In particolare, ciò può verificarsi se un Paese terzo è considerato sicuro per il richiedente a norma dell'art. 38 della direttiva procedure. Ma l'autorità competente dello Stato membro non può statuire che un Paese terzo è sicuro senza avere valutato attentamente tutte le condizioni cumulative prefigurate ai paragrafi da 1 a 4 di dell'art. 38. Nel caso di specie, la Corte constatò che la normativa nazionale non ha attuato nessuno dei motivi enunciati in queste disposizioni di diritto UE. Segnatamente, ribadisce che il transito del richiedente protezione internazionale attraverso un Paese terzo non può costituire un di per sé un "legame" ai sensi dell'art. 38, par. 2, lett. a), della direttiva 2013/32. La Corte continua il proprio ragionamento sui quesiti ricevuti sostenendo che se, come in questo caso, la domanda di protezione internazionale è stata rigettata tramite decisione fondata su un motivo di inammissibilità contrario al diritto UE e confermata da una decisione divenuta definitiva, di base si applicherebbe il principio che impone il rispetto del giudicato. Tuttavia, la Corte spiega che l'autorità amministrativa responsabile dell'adozione di una decisione amministrativa deve rispettare principio di leale cooperazione derivante dall'art. 4, par. 3, TUE; e in forza di ciò può essere tenuta a riesaminare tale decisione, ed eventualmente a ritornare su di essa, ove siano soddisfatte quattro condizioni. «In primo luogo, che l'autorità amministrativa disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione. In secondo luogo, che la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza. In terzo luogo, che detta sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla

medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto dell'Unione adottata senza che la Corte sia stata adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 267, co. 3, TFUE. In quarto luogo, che l'interessato si sia rivolto all'autorità amministrativa immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza». Pertanto, la regola è che la direttiva 2013/32, in combinato disposto con l'art. 18 della Carta e con l'art. 4, par. 3, TUE, non impone all'autorità accertante di riesaminare d'ufficio una domanda di protezione internazionale che sia stata rigettata con decisione dell'autorità accertante confermata da una decisione giurisdizionale definitiva prima che la contrarietà al diritto dell'Unione di detta decisione di rigetto fosse constatata. La sentenza della CGUE viene però a costituire un «elemento nuovo», che può andare comunque a vantaggio dell'interessato. Egli, infatti, potrà reiterare la propria domanda di protezione internazionale, senza che l'autorità competente possa dichiararla automaticamente inammissibile in base all'art. 33, par. 2, lett. d), della direttiva procedure (che consente agli Stati membri di giudicare una domanda di protezione internazionale inammissibile se reiterata e a patto che non siano emersi o non siano stati presentati «elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE»). In pratica, se risulta che la decisione sfavorevole al richiedente è contraria al diritto dell'Unione, l'autorità accertante chiamata a pronunciarsi sulla domanda successiva dovrà necessariamente tenere conto di questa circostanza, anche se l'interessato non la fa valere. Dopo avere analizzato le questioni appena viste, la Corte si sofferma sulla legittimità del trattenimento dei ricorrenti nel procedimento principale, i quali, nel caso prospettato dal giudice *a quo*, erano stati costretti a rimanere nella zona di transito di Röscke riservato ai cittadini di Paesi terzi la cui domanda di asilo era stata respinta (di seguito «zona di transito di Röscke»). Il punto di partenza è comprendere se si applicano le tutele accordate dalla normativa UE sulla protezione internazionale oppure quelle disposte dalla disciplina sugli irregolari. Ricostruendo la vicenda degli interessati, la Corte giunge alla conclusione che, a partire dalla data della decisione che ha respinto la loro domanda di asilo in prima istanza, questi erano in una situazione di soggiorno irregolare nel territorio ungherese. Pertanto, queste persone erano stranieri irregolari alla data in cui sono state collocate nel settore della zona di transito di Röscke. La CGUE valuta quindi se il confinamento degli interessati in quel luogo sia una forma di trattenimento. La risposta è affermativa, perché, anche se la direttiva rimpatri non offre alcuna nozione di «trattenimento», è possibile rifarsi alla definizione contenuta nella direttiva 2013/33: si tratta di una misura coercitiva che priva la persona della sua libertà di circolazione e la isola dal resto della popolazione, imponendole di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto. Di fatto, è quanto è accaduto ai soggetti di cui al procedimento principale. Spingendosi più nel dettaglio della compatibilità del trattenimento degli interessati con il diritto UE, la Corte distingue tra il trattenimento del richiedente asilo e quello dell'irregolare. Circa il primo caso, la Corte considera innanzitutto l'ipotesi peculiare del trattenimento alla frontiera o nelle zone di transito dello Stato membro.

L'art. 43, par. 2, della direttiva 2013/32, dispone che le procedure di *status* che giustificano il trattenimento devono essere svolte entro un termine ragionevole, fermo restando che se la decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale non è stata presa entro un termine di quattro settimane lo Stato membro interessato deve ammettere il richiedente nel proprio territorio. Insomma, la domanda deve essere esaminata entro tale termine di quattro settimane conformemente alla procedura di diritto comune. Eccezion fatta per quanto disposto in relazione alle procedure da espletare alla frontiera o nelle zone di transito, la Corte afferma che il trattenimento può essere disposto solo in base ai motivi elencati dall'art. 8, par. 3, della direttiva 2013/33, che peraltro sono da interpretare autonomamente. Non può quindi essere trattenuto il richiedente protezione internazionale che non riesca a sovvenire alle proprie necessità; anzi, semmai lo Stato membro dovrà fornirgli un sussidio che gli consenta di disporre di un alloggio o un alloggio in natura in uno dei luoghi di cui all'art. 18 della direttiva 2013/33 (da non confondere con i Centri di trattenimento previsti all'art. 10). Ad ogni modo, l'art. 8 della direttiva esige che il trattenimento sia disposto solo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive e solo se tale misura sia necessaria e proporzionata rispetto all'obiettivo da assicurare. L'art. 9, invece, richiede che il trattenimento sia disposto per un periodo di tempo che sia il più breve possibile e soltanto fintantoché è applicabile il motivo per il quale si è deciso di dare corso a questa forma di privazione della libertà personale. Al tempo stesso, il diritto interno deve prevedere la possibilità di sottoporre a controllo giurisdizionale la legittimità di una decisione trattenimento assunta da un'autorità amministrativa. Non è tuttavia necessario che il diritto interno disponga un termine alla cui scadenza il trattenimento di un richiedente protezione internazionale sarebbe automaticamente considerato contrario illegittimo, purché lo Stato vigili sul rispetto di tutte le condizioni che regolano il trattenimento, così come stabilite dal legislatore dell'Unione e interpretate dalla CGUE. Da ultimo, concentrando l'attenzione sul trattenimento del cittadino di Stato terzo soggiornante irregolare, la Corte interpreta gli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri. Le sue osservazioni sul punto coincidono di fatto con i rilievi effettuati poco sopra in merito al trattenimento del richiedente asilo. Per il caso di trattenimento dell'irregolare, però, secondo la Corte occorre che diritto interno stabilisca un termine massimo di non più di 18 mesi, conformemente alle prescrizioni dell'art. 15 della direttiva 2008/115. Infine, la Corte fa un paio di precisazioni importanti sul diritto (fondamentale) al ricorso effettivo davanti a un giudice imparziale, indipendentemente dal fatto che in gioco vi sia il trattenimento di un richiedente asilo o di un irregolare. La Corte conferma che gli artt. 9 della direttiva accoglienza e 15 della direttiva rimpatri hanno effetti diretti e concretizzano l'art. 47 della Carta. In più, per la Corte una normativa nazionale che non garantisce alcun controllo giurisdizionale della legittimità della decisione amministrativa che dispone il trattenimento di un richiedente protezione internazionale o di un irregolare viola il contenuto essenziale del diritto fondamentale enunciato dall'art. 47 della Carta. Pertanto, deve esserci un giudice (nazionale) in grado di sostituire la propria decisione a quella dell'autorità amministrativa che ha disposto il trattenimento e di

disporre il rilascio della persona interessata o, se del caso, una misura alternativa al trattenimento. Nel caso di specie, questo giudice potrà e dovrà essere il giudice del rinvio. Se poi l'interessato è un richiedente protezione internazionale che deve essere rilasciato, il giudice nazionale sarà chiamato a vigilare sull'osservanza delle condizioni materiali di accoglienza stabilite, in particolare, dall'art. 17 della direttiva 2013/33: sarà suo compito controllare il rispetto del diritto all'alloggio del richiedente, tenendo presente che la persona non potrà essere collocata in un contesto che integri nuovamente una situazione di trattenimento. La Corte non solo conferma che l'interessato ha il diritto di ottenere dallo Stato la realizzazione di questa forma di assistenza, ma aggiunge che l'art. 26 della direttiva 2013/33 deve essere interpretato nel senso che il giudice (che, in assenza di disposizioni di diritto interno, continua ad essere quello del rinvio), ha il potere di accordare misure provvisorie in attesa della decisione definitiva.

Il caso *VL* (CGUE, C-36/20 PPU, 25 giugno 2020) ha permesso alla Corte fare precisazioni sulle autorità competenti a ricevere una domanda di protezione internazionale, nonché di ribadire alcune condizioni di base in merito alla qualifica di «richiedente protezione internazionale» ed al suo trattenimento. Le questioni erano state sollevate da un giudice istruttore di una località spagnola, che doveva decidere sull'allontanamento di taluni cittadini di Stati terzi, tra i quali vi era il Sig. VL. Costoro erano stati sottoposti ad una previa procedura amministrativa che prevedeva l'assunzione di una decisione in tempi particolarmente celeri (un giorno) e non erano stati informati della possibilità di presentare domanda di protezione internazionale. In sostanza, queste persone erano giunte al cospetto del giudice istruttore come cittadini stranieri irregolari. Quanto al Sig. VL e ad altri, il giudice istruttore, pur non avendo il potere di ricevere una domanda di protezione internazionale a norma del diritto spagnolo, li aveva debitamente informati di questo loro diritto e gli aveva concesso la possibilità di manifestare l'intenzione di presentare la domanda, cosa che puntualmente avveniva. A questo punto, il giudice istruttore chiedeva alle autorità competenti di trovare un posto in un Centro di accoglienza umanitaria per queste persone, divenute nel frattempo richiedenti protezione internazionale. A causa di problemi di disponibilità, il giudice doveva disporre il trasferimento di alcune di esse in un Centro di trattenimento per stranieri, dove la loro domanda di protezione internazionale avrebbe dovuto essere trattata. Durante il procedimento VL si opponeva al trattenimento e il giudice si rivolgeva alla CGUE per avere delucidazioni su due aspetti chiave: competenza dell'autorità giudiziaria a ricevere domande di protezione internazionale e legittimità del trattenimento per consentire lo svolgimento delle procedure per la determinazione di *status* nella fattispecie. Circa primo punto, il par. 1 dell'art. 6 della direttiva 2013/32 accenna alle «autorità competenti», ma il par. 2 menziona «altre autorità preposte a ricevere tali domande ma non competenti per la registrazione» e il par. 3 propone alcuni esempi di «autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale». Un giudice istruttore può essere inquadrato nell'art. 6, par. 1, della direttiva 2013/32? In caso affermativo, cosa

deve fare in una situazione come quella di VL? La Corte precisa che, in assenza di espresso rinvio al diritto degli Stati membri, una disposizione di diritto UE deve essere interpretata in autonomia. Partendo da questa osservazione, la Corte fornisce un'interpretazione estensiva dell'art. 6, par. 1, secondo comma, della direttiva 2013/32. Il legislatore dell'Unione ha inteso accogliere una concezione ampia delle autorità che possono ricevere domande di protezione internazionale, pur senza essere competenti a registrarle. Inoltre, una simile interpretazione consente di garantire un accesso effettivo, ossia il più facile possibile, alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale; e questo è uno degli obiettivi perseguiti dalla direttiva procedure. Perciò, tra le «altre autorità» di cui parla la disposizione in questione, possono figurare anche i giudici. Tra l'altro, in un caso come quello di VL, l'estrema rapidità della procedura che può condurre alla decisione di allontanamento fa sì che la successiva audizione di fronte al giudice istruttore costituisca un momento particolarmente significativo per presentare una domanda di protezione internazionale, specialmente se in precedenza le autorità coinvolte non hanno adempiuto in maniera effettiva ai loro obblighi informativi. La Corte rileva altresì che l'art. 6, par. 2, secondo e terzo comma deve essere interpretato nel senso che, una situazione come quella di VL, caratterizzata da carenze informative a suo danno, l'autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi sul trattenimento del cittadino di Paese terzo in posizione irregolare deve informare l'interessato delle modalità di inoltro della domanda di protezione internazionale. In aggiunta, se il cittadino straniero manifesta l'intenzione di presentare tale domanda, il giudice dovrà trasmettere il fascicolo all'autorità competente ai fini della registrazione, affinché l'interessato possa beneficiare delle condizioni materiali di accoglienza e dell'assistenza sanitaria previste all'articolo 17 della direttiva 2013/33. L'opinione della Corte è che, informando un cittadino straniero irregolare sulle modalità concrete di inoltro di una domanda di protezione internazionale, un giudice istruttore chiamato a pronunciarsi sul trattenimento ai fini del respingimento agisce, come richiesto dal considerando 18 della direttiva 2013/32, nell'interesse sia degli Stati membri sia dei richiedenti protezione internazionale che venga presa una tempestiva decisione di *status*. E ancora, se il giudice istruttore, in una situazione come quella prospettata, non trasmettesse il fascicolo all'autorità competente, l'obiettivo di garantire all'interessato un accesso facile alla procedura di protezione internazionale sarebbe compromesso. Risolti i dubbi sul collegamento tra giudice istruttore e art. 6, par. 1, della direttiva 2013/32, occorre spostare l'attenzione sulla legittimità o meno del trattenimento del Sig. VL, dovuto principalmente a carenze temporanee del sistema di accoglienza locale. Poiché l'art. 26 della direttiva procedure afferma che «(g)li Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente» e considerato che i motivi di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale sono contenuti nell'art. 8 della direttiva 2013/33 (direttiva accoglienza), il trattenimento di VL è conforme al diritto UE? La Corte espone che tanto la direttiva procedure quanto la direttiva accoglienza fanno dipendere la qualifica di «richiedente protezione internazionale» (tra le altre cose) dalla «presentazione» della relativa domanda, non già

dall'«inoltro» della stessa. L'azione di presentazione della domanda di protezione internazionale è in forma libera, non presupponendo alcuna formalità amministrativa. Da ciò deriva che il Sig. VL è un richiedente protezione internazionale. Quindi, se prima della presentazione della domanda di protezione internazionale era irregolare e veniva assoggettato alla direttiva 2008/115 (direttiva rimpatri), a seguito della presentazione della domanda si applicano le direttive procedure e accoglienza. In altre parole, le disposizioni pertinenti di queste direttive devono essere considerate per capire se e in quale misura può essere trattenuto VL, nella sua qualità di richiedente asilo. La Corte richiama allora la sua giurisprudenza sul trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, ricordando che questa forma di privazione della libertà dell'interessato non può che essere eccezionale, limitata allo stretto necessario, anche tenuto conto dell'art. 6 della Carta, che tutela il diritto alla libertà. La conclusione della Corte è che i motivi di trattenimento enunciati all'art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza sono tassativi e hanno carattere autonomo, ragion per cui il fatto che sarebbe stato impossibile trovare per l'interessato un alloggio in un Centro di accoglienza umanitaria non può costituire presupposto legittimo per il trattenimento di un richiedente asilo ai sensi del diritto UE.

Procedimenti per il riconoscimento di *status*: diritto al colloquio individuale

Il caso *Assid* (CGUE, C-517/17, del 16 luglio 2020) verte sul diritto del richiedente protezione internazionale ad essere ascoltato nella procedura instaurata di fronte all'autorità accertatrice o al giudice dell'eventuale ricorso in relazione a questioni di ammissibilità della domanda. Il Sig. Assid aveva fatto domanda di asilo in Germania, ma l'autorità accertatrice l'aveva rigettata senza però garantire all'interessato alcun colloquio. Il rigetto senza audizione discendeva dal fatto che si era scoperto che il Sig. Assid aveva già ottenuto asilo in Italia. Anche il giudice del ricorso non aveva provveduto a fissare un'audizione, e nonostante ciò aveva rigettato almeno in parte l'impugnazione proposta dal Sig. Assid, il quale si era allora rivolto alla Corte amministrativa federale tedesca. Questo giudice nutrivà dubbi sulla conformità della condotta tenuta dalle autorità nazionali con gli artt. 14 e 34 della direttiva 2013/32 (direttiva procedure) e rivolgeva la questione alla CGUE. Più precisamente, alla Corte veniva di interpretare tali articoli per capire se fosse conforme al diritto UE una normativa come quella tedesca, in forza della quale la violazione dell'obbligo di dare al richiedente protezione internazionale la facoltà di sostenere un colloquio personale prima dell'adozione di una decisione di inammissibilità non comporta l'annullamento della decisione e il rinvio della causa dinanzi all'autorità accertante se a) il richiedente ha modo di esporre tutti i suoi argomenti contro quel provvedimento nel procedimento di ricorso e b) gli argomenti avanzati non siano atti a modificare tale medesima decisione. La Corte innanzitutto afferma che l'art. 14 della direttiva procedure prevede l'obbligo per gli Stati membri di consentire al richiedente di sostenere un colloquio personale con persona competente prima che l'autorità accertatrice potesse prendere la decisione di *status*. A norma dell'art. 34, tale obbligo si applica

anche alle decisioni di ammissibilità della domanda di protezione internazionale. Al riguardo, il richiedente deve potersi esprimere anche se gli viene contestato che in realtà aveva già ottenuto uno *status* di protezione internazionale in altro Stato membro, ai sensi dell'art. 33, par. 2, lett. a) della direttiva. Prima di dichiarare inammissibile una domanda proposta in presenza di queste condizioni, l'interessato ha diritto di esporre tutti gli elementi che caratterizzano la sua situazione specifica, anche con riferimento al grave rischio di essere esposto a trattamenti inumani e degradanti (art. 4 della Carta) nello Stato membro nel quale era stato dichiarato rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria in precedenza. Questa ipotesi si configurerebbe se emerge che la persona, nello Stato membro che ha già accolto la sua domanda, si ritroverebbe in una situazione di estrema deprivazione materiale che non le consentirebbe di far fronte ai suoi bisogni più elementari (nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio), e che pregiudicherebbe la sua salute fisica o psichica o la porrebbe in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana. Inoltre, non si può completamente escludere che un richiedente protezione internazionale possa dimostrare l'esistenza di circostanze eccezionali relative al suo caso particolare che lo esporrebbero, sempre nello Stato che ha già accolto la sua domanda di protezione internazionale, a trattamenti proibiti dall'art. 4 della Carta. Se queste circostanze vengono portate all'attenzione dell'autorità competente, essa dovrà valutarle sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati e in considerazione del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto dell'Unione. Da ciò si ricava che il diritto UE applicabile alla fattispecie non è stato osservato nel procedimento attivato dal Sig. Assid. La CGUE considera, allora, se la decisione sfavorevole all'interessato debba essere annullata o meno, dato che la direttiva procedure non disciplina espressamente le conseguenze delle violazioni degli obblighi di cui sopra. Stante l'assoluta importanza dell'audizione del richiedente nell'economia della direttiva procedure, come peraltro si evince dalle prescrizioni circostanziate in merito, anche la decisione sull'ammissibilità non può dirsi valida se adottata in violazione di tale obbligo. Questo a meno che il diritto interno non preveda che sia il giudice investito del ricorso contro la decisione sfavorevole a garantire l'audizione dell'interessato nel rispetto delle garanzie richieste dalle disposizioni pertinenti della direttiva procedure.

Allontanamento di cittadino di Paese terzo soggiornante di lungo periodo: garanzie procedurali

Il caso *WT* (CGUE, C 448/19, 11 giugno 2020) ruota attorno alle garanzie da accordare al cittadino di Stato terzo soggiornante di lungo periodo a fronte della prospettiva di allontanamento causa commissione di reati che sono puniti con pena detentiva. Il cittadino marocchino *WT*, residente in Spagna, si trovava in una situazione di questo tipo e contestava in giudizio la decisione di allontanamento pronunciata contro di lui. Il giudice spagnolo rilevava che l'orientamento della Corte suprema prevedeva condizioni meno garantistiche rispetto a quanto sancito dalla normativa UE di riferimento, ovvero sia la direttiva 2003/109: in pratica,

sarebbe stato ammissibile allontanare automaticamente lo straniero soggiornante di lungo periodo condannato per reati dolosi punibili con pene privative della libertà personale superiori ad un anno (era, appunto, il caso di WT). Tuttavia, il giudice precisava che questo orientamento giurisprudenziale faceva perno su un altro atto di diritto derivato UE, vale a dire la direttiva 2011/140. Chiedeva quindi alla CGUE come comportarsi. La CGUE fornisce al giudice *a quo* gli elementi per decidere in conformità al diritto UE. Fa presente che nel caso in esame non bisogna basarsi sulla direttiva 2001/40, perché questa mira a consentire il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di una decisione di allontanamento adottata da un'autorità competente di un altro Stato membro nei confronti di un cittadino di un Paese terzo che si trovi nel territorio del primo. Pertanto, questa direttiva non disciplina le condizioni di adozione della decisione di allontanamento. Occorre quindi fare affidamento sulla direttiva 2003/109, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, specialmente sull'art. 12. Rifacendosi alla propria giurisprudenza, la Corte esclude che una decisione di allontanamento come quella pronunciata contro WT possa essere presa automaticamente. Un allontanamento motivato sui presupposti del giudizio principale può essere disposto solo se l'autorità competente abbia esaminato la sussistenza o meno di vari fattori: se l'interessato costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza; la durata del soggiorno nel territorio dello Stato membro e i suoi vincoli con questo Stato; l'eventuale assenza di vincoli con il Paese d'origine; l'età e le possibili conseguenze per lui e per i suoi familiari a seguito dell'allontanamento.

Ricongiungimento familiare di minorenni

Nelle cause riunite *B.M.M. e al.* (CGUE, cause riunite C-133/19, C-136/19 e C-137/19, 16 luglio 2020), la CGUE si è occupata di alcuni aspetti procedurali inerenti al rigetto di domande di ricongiungimento familiare di minorenni nel quadro della direttiva 2003/86. B.M.M., cittadino di Stato terzo e beneficiario dello *status* di rifugiato in Belgio, aveva proposto domande di permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare in nome e per conto di tre figli minorenni. Le domande erano state esperite in base alla normativa belga sul ricongiungimento familiare a favore di minori di età. A seguito del rigetto delle sue richieste, B.M.M. aveva fatto ricorso, con esito negativo. Tuttavia, durante queste fasi del procedimento i tre figli erano divenuti maggiorenni. In virtù di ciò, il giudice belga, adito da B.M.M. e dai suoi figli, dichiarava i loro ricorsi irricevibili per mancanza di interesse: secondo tale organo, anche in caso di annullamento delle precedenti decisioni e di obbligo per le autorità belghe competenti di riesaminare le domande di permesso di soggiorno, queste non avrebbero potuto essere accolte, poiché i figli non erano più minori e non soddisfacevano i requisiti previsti dalle disposizioni sul ricongiungimento familiare dei figli minorenni. Trovatosi a dover decidere sull'impugnazione proposta da B.M.M. e dai tre figli, il Consiglio di Stato belga rivolgeva alla CGUE due questioni pregiudiziali. Con la prima questione, chiedeva di chiarire quando un soggetto possa dirsi "minorenne" ai sensi dell'art. 4, par. 1, co. 1, lett. c), della direttiva

2003/86: l'età va considerata al momento della presentazione della domanda di ingresso e soggiorno o al momento della decisione presa dall'autorità competente? La Corte accoglie la prima delle due alternative. Gli Stati sono liberi di stabilire quando un soggetto diventa maggiorenne, ma non hanno alcuna discrezionalità per decidere il momento nel quale deve essere valutata l'età dell'interessato ai fini della disposizione di cui sopra. Questo perché se la disposizione di diritto UE che si considera non rinvia espressamente al diritto degli Stati membri, avrà un significato autonomo, da ricostruire in base alle finalità perseguite. Ebbene, la direttiva 2003/86 mira ad assicurare il ricongiungimento familiare a favore dell'avente diritto. Essa, inoltre, deve essere interpretata conformemente alla Carta dei diritti fondamentali, in particolare agli artt. 7 (tutela della vita privata e familiare) e 24, par. 2 (che richiede di accordare la precedenza dell'interesse superiore del minore). Se si ammettesse che, in casi come quello dei ricorrenti, un soggetto sia da considerare minore con riferimento alla data della decisione sul ricongiungimento proposto dal familiare regolarmente soggiornante in uno Stato membro sorgerebbero problematiche tali da incidere negativamente sul rispetto dei criteri interpretativi appena menzionati. In particolare, sapendo che forse a breve il soggetto diventerebbe maggiorenne, le autorità e gli organi giurisdizionali nazionali competenti potrebbero non essere incentivati a trattare in via prioritaria le richieste dei minori con l'urgenza necessaria per tener conto della loro vulnerabilità. In aggiunta, l'esito della domanda di ricongiungimento familiare finirebbe per dipendere da circostanze aleatorie e non prevedibili, interamente imputabili alle autorità e ai giudici nazionali competenti; e da ciò è possibile che si creino differenze significative nel trattamento di tali domande sia tra gli Stati membri che all'interno di un singolo Stato membro. Con la seconda questione, invece, il giudice *a quo* domandava alla CGUE se un ricorso contro la decisione che rigetta la richiesta di ingresso e soggiorno come effetto del ricongiungimento potesse essere dichiarata irricevibile per il solo motivo che il minore interessato era divenuto maggiorenne nel corso del procedimento giurisdizionale. La Corte nega che una simile soluzione sia conforme al diritto UE. È vero che gli Stati membri hanno un certo margine di manovra nella definizione delle procedure interne relative ai ricorsi contro decisioni sfavorevoli all'interessato, ma non per questo gli è consentito di derogare all'art. 47 della Carta, che sancisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice. Tra l'altro, l'interesse del cittadino di Stato terzo che nel frattempo è divenuto maggiorenne non svanisce necessariamente: egli, ad esempio, potrebbe, laddove ciò sia consentito, servirsi di quel procedimento per proporre un'azione di risarcimento danni nei confronti dello Stato membro.

Circolazione di familiari di cittadini dell'Unione: rapporto tra carta di soggiorno e visto di ingresso

Nel caso *Ryanair* (CGUE, C-754/18, 18 giugno 2020), la Corte ha risolto vari dubbi circa il rapporto tra possesso di una carta di soggiorno permanente per il cittadino di Stato terzo familiare di cittadino dell'Unione e libertà di circolazione. La vicenda era sorta a causa di

controlli di polizia effettuati a bordo di un volo Ryanair atterrato a Budapest e proveniente da Londra. La polizia locale aveva negato l'ingresso a un cittadino ucraino, familiare di una cittadina del Regno Unito. Gli ufficiali sostenevano che la carta di soggiorno permanente rilasciata dalle autorità britanniche in forza dell'art. 20 della direttiva 2004/38 non dispensasse l'interessato dall'obbligo di munirsi di visto di ingresso per entrare in territorio ungherese. Alla Ryanair era stato chiesto di riportare il cittadino ucraino a Londra e le era stata comminata una sanzione pecuniaria per non avere realizzato controlli opportuni. La Ryanair contestava tali condotte in sede giudiziale. Il giudice adito indirizzava alla CGUE un rinvio pregiudiziale di interpretazione avente ad oggetto gli artt. 5, par. 2, e 20 della direttiva 2004/38, allo scopo di chiedere delucidazioni sulla connessione tra carta di soggiorno permanente ed esenzione dall'obbligo di visto per il cittadino di Stato terzo familiare di cittadino dell'Unione. La Corte rileva innanzitutto che l'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/38 prescrive che i familiari di un cittadino dell'Unione che non hanno la cittadinanza di uno Stato membro possono recarsi in uno Stato membro diverso da quello di residenza solo se muniti di visto d'ingresso. Nonostante la disposizione non preveda deroghe per chi possiede una carta di soggiorno valevole per uno Stato membro, la Corte afferma che, in base al considerando 8 della direttiva, si può dedurre che il possesso di questo documento, garantisce all'interessato la libera circolazione sul territorio UE. La Corte aggiunge poi che se si arrivasse a una conclusione diversa si frustrerebbe l'obiettivo della direttiva, che è garantire un'integrazione graduale dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, che non hanno la cittadinanza di uno Stato membro, nella società dello Stato membro in cui risiedono: infatti, questo obiettivo non sarebbe pienamente raggiungibile se il possesso di una carta di soggiorno permanente (ma in realtà anche solo temporanea) non comportasse l'esenzione dall'obbligo di ottenere un visto per recarsi in un altro Stato membro. Ciò vale anche se lo Stato membro che ha rilasciato la carta di soggiorno non appartiene allo spazio Schengen, anche perché la direttiva 2004/38 si applica a tutti gli Stati membri e l'art. 5, par. 2, non dice nulla sul punto. Infine, la CGUE conclude che il possesso di una carta di soggiorno permanente *ex art. 20* della direttiva 2004/38 costituisce prova sufficiente del fatto che il suo titolare ha la qualità di familiare di un cittadino dell'Unione, proprio perché si tratta di un documento che può essere rilasciato solo a chi abbia tale qualifica. Dando allora per scontato che il legame di famiglia sia già stato appurato in precedenza, l'interessato ha quindi il diritto di fare ingresso nel territorio di un altro Stato membro senza che siano necessarie una verifica o una giustificazione supplementari.

² La rassegna è di M. Borraccetti.

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

In questo numero della *Rivista* passiamo in rassegna le più significative decisioni in materia di espulsioni e trattenimento relative al periodo maggio-agosto del corrente anno. Tuttavia, è noto che la pandemia Covid-19 ha determinato un rallentamento dell'attività giudiziaria e, conseguentemente, delle decisioni. È per questo eccezionale motivo che prenderemo in esame anche decisioni pubblicate ai primi di settembre, ma relative a cause trattate nell'ambito del quadrimestre considerato.

ESPULSIONI: profili sostanziali

L'obbligo di valutazione dei legami familiari

Il tema dell'ambito di operatività della disposizione di cui all'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98 è già stato oggetto di articolata trattazione, in particolare sul numero 1.2020 di questa *Rivista*, in cui si dava atto dell'esistenza di dubbi, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in ordine al contenuto prescrittivo ed alla effettiva efficacia ostativa alla espulsione della nozione dei legami familiari. Se cioè rilevassero solo i legami familiari corrispondenti a quelli che consentono il ricongiungimento familiare, ovvero fosse possibile un'interpretazione estensiva alla luce del chiaro disposto della Corte costituzionale espresso con la nota sentenza n. 202/2013.

Ora, Cass. civ. sez. III, ord. n. 11955/2020 pubblicata il 19.6.2020 offre l'occasione di ritornare sull'argomento anche per la chiara esposizione del relativo principio di diritto secondo cui «In tema di espulsione del cittadino straniero, a seguito della sentenza n. 202 del 2013 della Corte costituzionale e in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU, l'art. 13, co. 2-*bis*, del d.lgs. n. 286/98 si applica – con valutazione caso per caso, in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE – anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare. Tuttavia, in casi di mancato esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, i legami dello straniero nel territorio dello Stato, per consentire l'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato comma 2-*bis* debbono essere soggettivamente qualificati ed oggettivi. Il giudice di merito è tenuto a darne conto adeguatamente, sulla base dell'esame dei vari elementi dedotti a sostegno della relazione affettiva, che, in presenza di figli minori, dovrà tenere conto anche della difficoltà che la distanza con il Paese di origine determina per mantenere la relazione effettiva con il figlio, tenuto conto della sua età e della relativa normale limitazione di autonomia negli spostamenti che da ciò deriva».

Pare importante l'affermazione dell'obbligo di accertare la concreta rilevanza ed effettività dei rapporti familiari, specie in presenza di figli minori, e, in particolare, dell'obbligo, da parte del

giudice, di valutare attentamente le difficoltà che situazioni oggettive, quali la distanza tra l'Italia ed il Paese terzo di destinazione dell'espellendo, unitamente all'età della prole, possono influire sul mantenimento della relazione affettiva genitoriale che va salvaguardata, anche nell'interesse superiore del minore.

Circa i rapporti tra la natura strettamente vincolata della potestà espulsiva statutale e la rilevanza dei legami familiari esistenti in Italia, Cass. civ. sez. II, ord. n. 18187/2020 pubblicata in data 1.9.2020, decidendo il ricorso di uno straniero espulso per avere omesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno nel termine di legge, atteso che costui fece ingresso in Italia da minorenni con visto per ricongiungimento familiare, ha precisato che l'opposizione all'espulsione è un giudizio sul rapporto che deve essere svolto con accertamento di tutti i fatti costitutivi ed impeditivi dell'esercizio (vincolato) della potestà espulsiva da parte dell'autorità amministrativa, sicché, avendo il giudice di merito omesso illegittimamente la valutazione imposta dall'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98, la decisione è stata cassata con rinvio. La natura strettamente vincolata dell'esercizio della potestà espulsiva non concerne solo l'esame di fatti costitutivi, ma inerisce anche quelli impeditivi, che pertanto non può essere omesso.

Circa la rilevanza dei legami di convivenza *more uxorio* nell'ambito dell'esercizio della facoltà espulsiva, la giurisprudenza è costante nel negarla. Conseguenza che la mera intenzione di contrarre matrimonio con cittadina italiana costituisce argomento privo di pregio alcuno, posto che il d.lgs. 30/2007 – di attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari – riconosce la tutela al coniuge o al partner convivente a condizione che la relazione di convivenza stabile sia stata formalizzata in un'unione registrata sulla base della legislazione del singolo Stato membro, ove quest'ultimo equipari l'unione registrata al matrimonio. La mancata allegazione nel corso del giudizio di merito di avere contratto un'unione registrata con cittadina italiana da parte del ricorrente, preclude la possibilità di valutare la possibile equiparazione di tale relazione al vincolo matrimoniale, seppure limitatamente ai fini del divieto di espulsione del convivente (Cass. civ. sez. II, ord. n. 18565/2020 pubblicata il 7.9.2020).

Peraltro, la già citata Cass. civ., sez. III, ord. n. 11955/2020, dopo avere ribadito che la convivenza *more uxorio* dello straniero con il cittadino non rientra tra le ipotesi tassative del divieto di espulsione *ex art. 19, co. 2, d.lgs. 286/98*, con un *obiter dictum* afferma che tale conclamato principio – giustificato da esigenze di certezza dei rapporti giuridici – «andrebbe forse rimeditato alla luce della variegata tipologia di relazioni caratterizzate da un significativo nucleo affettivo che l'ordinamento ha, nel tempo, riconosciuto: proprio in relazione a ciò è stato infatti ritenuto che non può escludersi che il Giudice di pace debba favorevolmente valutare la situazione quando vi siano figli minorenni conviventi con la coppia», come in Cass. civ. sez. I

ord. 8889/2019. Quindi, ancorché nel nostro ordinamento le nuove figure introdotte dalla c.d. “Legge Cirinnà” per le coppie eterosessuali non siano equiparate al matrimonio (a differenza delle unioni civili previste per le coppie dello stesso sesso), si scorgono alcuni timidi tentativi giurisprudenziali volti a conferire rilievo alle convivenze di fatto – ai fini del divieto di espulsione – qualora vi siano figli minori conviventi, presumibilmente dettate dall’esigenza di tutelare il superiore interesse dei minori ed il diritto alla vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*.

Pare inoltre opportuno rammentare che – ai sensi dell’art. 30, co. 1, lett. d), d.lgs. 286/98 – il genitore straniero, anche naturale, di minore italiano residente in Italia (e tale è il figlio nato da una relazione tra stranieri e cittadini) ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari, anche a prescindere dal possesso di un valido permesso di soggiorno (quindi, anche se è irregolarmente soggiornante) alla sola condizione che non sia privato della potestà genitoriale secondo la legge italiana.

Esistono quindi solidi argomenti per incrinare la granitica certezza delle relazioni interpersonali apparentemente derivante unicamente dal matrimonio, anche nella delicata materia delle espulsioni, qualora vi siano figli minori, e previa attenta valutazione caso per caso.

Segue: profili procedurali

La lettura di Cass. civ. sez. I, n. 11721/20 pubblicata il 17.6.2020, è istruttiva sotto il profilo della modalità di redazione dei motivi di ricorso per Cassazione, al fine di evitare la declaratoria d’inammissibilità. Infatti, è stata dichiarata l’inammissibilità di motivi dedotti per la prima volta a verbale nel corso dell’udienza di trattazione del ricorso avverso l’espulsione, ma non anche come rituali motivi di opposizione all’espulsione, da proporsi nei rigorosi termini di legge (30 giorni). Analogamente, è inammissibile la doglianza relativa alla mancata concessione della partenza volontaria che, secondo il costante orientamento della Corte, attiene alla fase esecutiva dell’espulsione e, pertanto, deve essere fatta valere in sede di convalida dell’accompagnamento o del trattenimento. È pure inammissibile la doglianza inerente la mancata conoscenza della lingua italiana da parte dello straniero, trattandosi di accertamento di fatto demandato al giudice di merito che deve considerare le risultanze processuali, tra cui rilevano le dichiarazioni rese dall’interessato nel c.d. “foglio notizie” che è incensurabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivato. Analogamente, Cass. civ. sez. I, ord. n. 7614/2020 pubblicata il 31.3.2020, richiama l’orientamento della Corte secondo cui l’omessa traduzione del decreto di espulsione nella lingua conosciuta dallo straniero, o in quella veicolare, comporta la nullità del provvedimento espulsivo, salvo che lo straniero conosca la lingua italiana, e che di tale circostanza venga fornita prova, anche presuntiva. Tale è l’attestazione di conoscenza della lingua italiana contenuta nella relata di notifica del provvedimento, trattandosi di atto fidefacente, così come la dichiarazione resa dall’espellendo

nel c.d. “foglio notizie” di parlare e comprendere la lingua italiana. (Negli stessi termini Cass. civ. sez. I, ord. 11727/20 pubblicata il 17.6.2020).

Una risalente sentenza della Corte costituzionale, n. 198/2000, affermò il principio secondo cui «il pieno esercizio del diritto di difesa da parte dello straniero presuppone ... che qualsiasi atto proveniente dalla pubblica amministrazione, diretto ad incidere sulla sua sfera giuridica, sia concretamente conoscibile. L'esigenza primaria di non vanificare il diritto di azione fa sì che, nell'ipotesi di ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione – in particolare per l'inosservanza dell'obbligo di traduzione dell'atto – debba ritenersi non decorso il termine per proporre impugnazione». Questa decisione consentì, per lungo tempo, la proposizione di ricorsi tardivi anche nella materia delle espulsioni, previa remissione in termini. Ovviamente, il presupposto dell'applicabilità di tale istituto, consiste nell'ignoranza incolpevole del termine per impugnare. Secondo Cass. civ. sez. II, ord. n. 18187/2020, pubblicata l'1.9.2020, «l'istituto della remissione in termini ... il quale opera anche con riguardo al termine per proporre impugnazione, richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà. La mancata traduzione del decreto di espulsione nella lingua propria del destinatario determina la nullità del provvedimento che, pur potendo essere fatta valere con opposizione tardiva, non è deducibile senza limiti di tempo, occorrendo verificare se la violazione dell'art. 13, co. 7, d.lgs. 286/98 abbia effettivamente determinato un'ignoranza sul contenuto dell'atto tale da impedirne l'identificazione e se, *medio tempore*, lo straniero non abbia avuto conoscenza ... del rimedio proponibile, nel qual caso è da tale momento che dovrà farsi decorrere il termine per la proposizione dell'opposizione tardiva fondata sull'intervenuta nullità.». Sulla base di tali premesse la Corte non cassa il provvedimento del Giudice di pace che aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso, rilevando che l'opponente aveva scelto, al momento della notifica del provvedimento (atto fidefacente), l'inglese quale lingua veicolare. Neppure ricorre la violazione di legge in relazione all'art. 13, co. 7 cit. perché non sussiste l'assoluto impedimento alla tempestiva impugnazione, posto che il giudice di merito ha accertato che l'interessato non aveva adempiuto all'obbligo di attivarsi con immediatezza, avendo egli stesso dichiarato di essersi attivato presso uno sportello SPRAR per avere informazioni sulla sua posizione amministrativa solo tre mesi dopo la notifica del decreto di espulsione.

Dall'esame delle pronunce appena citate si desume agevolmente come la natura fidefacente attribuita alle dichiarazioni rese di fronte all'autorità amministrativa dall'espellendo, sia in sede di redazione del “foglio notizie” che in occasione della notifica dell'atto, si riveli un efficace formalismo preclusivo all'esercizio di diritti fondamentali, qual è quello di difesa. Presupposto non formale bensì sostanziale di tali approdi, è costituito dall'ignoranza delle condizioni fattuali in cui vengono svolti gli atti propedeutici all'adozione dei provvedimenti di allontanamento negli uffici delle questure italiane.

Quali gli effetti della mancata comparizione dell'opponente al decreto espulsivo all'udienza innanzi il Giudice di pace? Cass. civ. sez. II, ord. n. 18190/2020, pubblicata l'1.9.2020, ha cassato l'ordinanza di non luogo a procedere adottata dal Giudice di pace e, dopo aver chiarito che alcuna delle disposizioni regolanti il rito camerale applicabile alla materia prevede conseguenze processuali in caso di mancata comparizione, ha enunciato il chiaro principio di diritto secondo cui «una volta proposto il ricorso in opposizione al provvedimento di espulsione, l'eventuale assenza della parte opponente all'udienza fissata per la sua comparizione non implica alcuna rinuncia alla domanda: il giudice, pertanto, una volta verificata la ritualità degli atti finalizzati a consentire la comparizione, deve comunque pronunciarsi sul merito dell'impugnativa proposta».

TRATTENIMENTO

Avviso al difensore

La Corte di cassazione ha affermato con ordinanza sez. I del 13.3.2020 n. 7148 che l'avviso della fissazione dell'udienza di convalida dell'ordine del questore di trattenimento dello straniero, espulso con decreto del prefetto, ha la funzione di consentire all'interessato di partecipare all'udienza per difendersi e di nominare eventualmente un difensore di fiducia e, pertanto, deve necessariamente precedere l'udienza, e non può essere data nel corso di essa o con un lasso temporale insufficiente perché il difensore possa concretamente partecipare all'udienza e svolgere una pur minima difesa: altrimenti qualsiasi concreta possibilità di difesa, mediante produzione di documenti o altri elementi a discarico eventualmente in possesso dell'interessato, viene compromessa, così come viene frustrata la facoltà di avvalersi di un difensore di fiducia. Nel caso di specie, è stato ritenuto inidoneo a tali garanzie l'avviso dato al difensore, che si trovava in un'altra città e impegnato in altra udienza, con soli 48 minuti di anticipo sull'orario fissato per l'udienza di convalida.

La Corte ha altresì ribadito, con ordinanza sez. I del 22.6.2020 n. 12210, che l'omesso avviso della fissazione dell'udienza di convalida al difensore di fiducia dello straniero trattenuto, da questi previamente nominato, integra nullità del procedimento, per violazione del diritto dell'espulso ad una difesa tecnica compiutamente predisposta dal patrono fiduciario.

Contraddittorio e proroga, presenza dello straniero trattenuto

Nelle ordinanze sez. I del 3.7.2020 n. 13743, sez. I del 3.7.2020 n. 13744, sez. II del 3.9.2020 n. 18321, la Corte di cassazione deve ribadire il proprio orientamento, già più volte espresso, secondo cui il provvedimento giurisdizionale di proroga del trattenimento del cittadino straniero presso un Centro d'identificazione ed espulsione, può essere assunto soltanto all'esito di un procedimento di natura camerale caratterizzato dalla partecipazione necessaria del difensore e dall'audizione dell'interessato, senza che sia necessaria una richiesta

di quest'ultimo di essere sentito; è quindi illegittimo il provvedimento di convalida del trattenimento adottato all'esito di udienza cui non abbia partecipato lo straniero trattenuto. Si deve peraltro segnalare l'ordinanza sez. VI del 9.6.2020 n. 10939 con cui la Corte, non ravvisando i presupposti per la definizione del procedimento col rito camerale, in riferimento all'individuazione delle garanzie del contraddittorio e alla necessità di una specifica richiesta dell'interessato di esser sentito nei procedimenti di proroga del trattenimento, ha rinviato la trattazione del ricorso alla pubblica udienza della prima sezione civile.

Competenza

La Corte di cassazione, con ordinanza sez. II del 1.9.2020 n. 18189, nel ribadire la competenza del Tribunale alla convalida del trattenimento del cittadino straniero richiedente asilo, ha avuto occasione di chiarire che la manifestazione di volontà di chiedere la protezione internazionale, espressa già prima dell'emissione del decreto di respingimento, e confermata dinanzi al giudice della convalida, non viene meno se il cittadino straniero, nel c.d. foglio notizie compilato al momento del respingimento e senza l'assistenza di un interprete, abbia dichiarato di non voler chiedere la protezione internazionale; la Corte infatti osserva che la manifestazione di volontà, espressa e poi ribadita, non può essere inficiata da un atto sottoscritto senza l'assistenza di un interprete e quindi senza la certezza che il cittadino straniero ne comprendesse il contenuto.

L'incompetenza funzionale del Giudice di pace alla convalida del trattenimento del cittadino straniero richiedente asilo deve essere eccepita nell'udienza di convalida e, se l'eccezione non viene accolta, può essere dedotta con ricorso per Cassazione. Il ricorso per Cassazione, tuttavia, non costituisce un rimedio effettivo poiché non sospende l'efficacia del provvedimento impugnato; né, in questo caso, sarebbe ammissibile una richiesta di riesame del trattenimento perché non vi sarebbero circostanze o fatti nuovi rispetto alla convalida (elementi essenziali per l'ammissibilità del riesame, come stabilito dalla Corte di cassazione nella sentenza del 29.9.2017 n. 22932 e nell'ordinanza del 23.10.2019 n. 27076). In mancanza di altri strumenti di tutela effettivi, parrebbe ammissibile la tutela residuale prevista dall'art. 700 c.p.c. La tesi è stata però rigettata dal Tribunale di Torino, che con due provvedimenti (sez. IX, ordinanza monocratica del 14.8.2020 R.G. 13000/2020 ; sez. IX, ordinanza collegiale del 2.9.2020 R.G. 14554/2020 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto per sentir dichiarare l'illegittimità del trattenimento, disposto nei confronti di un richiedente asilo e convalidato non dal Tribunale bensì dal Giudice di pace; il Tribunale ha ritenuto che *«la scarsa effettività dei rimedi alternativi non può consentire l'ingresso ad un rimedio cautelare altrimenti non previsto»*, e ha indicato come rimedio possibile la richiesta di riesame (da rivolgere al Giudice di pace), ai sensi dell'art. 15 della Direttiva 2008/115/UE, *«posto che pur avendo il difensore sollevato la questione relativa alla incompetenza del Giudice di pace, tuttavia nel provvedimento di convalida tale circostanza non è stata considerata»*.

Legittimazione passiva

La Corte di cassazione, con ordinanza sez. I del 3.7.2020 n. 13746, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto contro un provvedimento di convalida dell'accompagnamento alla frontiera, perché il ricorso è stato notificato all'Avvocatura dello Stato senza indicare chi sia il soggetto intimato nel ricorso.

Come più volte affermato dalla Corte, la legittimazione passiva nel ricorso per la cassazione dei provvedimenti di convalida delle modalità coattive di esecuzione dell'espulsione (accompagnamento immediato alla frontiera, trattenimento nel C.P.R., misure alternative al trattenimento) spetta al Ministero dell'interno, organo apicale dell'amministrazione cui appartiene il questore che è parte del giudizio di merito.

Provvedimento presupposto

Nell'ordinanza sez. III del 19.6.2020 n. 11953 la Corte si occupa della legittimità del provvedimento di convalida del trattenimento disposto in esecuzione di un decreto di espulsione firmato dal viceprefetto, e più in generale del diritto al contraddittorio delle parti. Il ricorrente aveva eccepito l'inesistenza del decreto di espulsione presupposto perché firmato non dal prefetto bensì da un viceprefetto in mancanza di specifica delega, e lamentava nel ricorso per Cassazione che la delega fosse stata prodotta in un momento successivo alla conclusione dell'udienza di convalida, sicché il Giudice di pace avrebbe emesso una "decisione a sorpresa" fondata su un atto che non era stato oggetto di esame nel contraddittorio delle parti. La Corte ha rigettato il ricorso, osservando che «l'investitura dei pubblici funzionari nei poteri che dichiarano di esercitare nel compimento di atti inerenti al loro ufficio si presume, costituendo un aspetto della corrispondente "presunzione di legittimità" degli atti amministrativi», e che quindi è sufficiente che la delega sussista e sia stata conferita prima dell'adozione del provvedimento. Ribadito questo principio, la Corte ha escluso che, dalla violazione del contraddittorio sulla delega, tardivamente prodotta, fosse derivato un pregiudizio allo straniero trattenuto.

La vicenda oggetto di esame nell'ordinanza n. 18189 del 2020, citata sopra, ha condotto la Corte a esaminare, con ordinanza sez. II del 3.9.2020 n. 18322, l'effetto dell'annullamento del decreto di convalida del trattenimento sui successivi provvedimenti di proroga. La Corte ha affermato che l'intervenuto annullamento del primo decreto di respingimento e trattenimento comporta il venir meno del presupposto del successivo provvedimento con cui la questura aveva disposto l'ulteriore trattenimento, ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015, non potendosi ipotizzare alcuna proroga di un trattenimento fondato su un titolo ormai privo di efficacia.

Sospensione del provvedimento di espulsione presupposto

In materia di immigrazione, non può essere disposta dal Giudice di pace la proroga del trattenimento di un cittadino straniero presso un Centro d'identificazione ed espulsione,

quando il provvedimento espulsivo che ne costituisce il presupposto sia stato, ancorché indebitamente, sospeso, dal momento che il sindacato giurisdizionale, pur non potendo avere ad oggetto la validità dell'espulsione amministrativa, deve rivolgersi alla verifica dell'esistenza ed efficacia della predetta misura coercitiva.

Il trattenimento nei Centri di identificazione e raccolta è finalizzato all'espulsione e giustificato dall'esigenza di poter effettuare l'espulsione delle persone delle quali essa sia stata disposta, evitando che si disperdano sul territorio sottraendosi alla esecuzione della misura disposta. Ma se è stata annullata o anche solo sospesa la misura espulsiva, il trattenimento diviene ingiustificato. Così, confermando un costante orientamento, si è espressa la Corte di cassazione con ordinanza sez. I del 3.7.2020 n. 13741.

Efficacia del decreto di espulsione emesso quale misura alternativa alla detenzione

L'espulsione disposta, ai sensi dell'art. 16, co. 5, del d.lgs. 286/1998, come misura alternativa alla residua pena da espiare in misura inferiore ai due anni, non perde efficacia per l'avvenuta espiazione dell'intera pena detentiva, ma se ne può chiedere la revoca. Così ha stabilito la Corte di cassazione, con ordinanza sez. I penale depositata il 10.8.2020 n. 23705, che ha confermato la condanna per il cittadino straniero che era rientrato illegittimamente in Italia dopo esserne stato allontanato al termine della pena detentiva, in esecuzione dell'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza, trasgredendo così il divieto di reingresso discendente dall'espulsione.

Rito applicabile per l'impugnazione del provvedimento di convalida

L'ordinanza della Corte di cassazione, sez. VII pen. depositata il 24.6.2020 n. 19152, ha ribadito il proprio costante orientamento (da ultimo espresso nell'ordinanza della I sezione penale depositata il 10.12.2018 n. 55085, in questa rassegna, fascicolo 1.2019) secondo cui l'impugnazione avverso l'ordinanza del giudice ordinario di convalida dei provvedimenti amministrativi del questore di accompagnamento coattivo alla frontiera o di trattenimento presso un Centro di permanenza temporanea o di proroga della permanenza, è compresa nel novero delle impugnazioni civili, in quanto il procedimento si svolge al di fuori della sede penale in ogni aspetto, atteso che non concerne la «infrazione di norme penalmente rilevanti» e non comporta nemmeno l'irrogazione di sanzione penale. La Corte ha altresì ricordato che non può trovare applicazione l'istituto della conversione previsto dall'art. 568, co. 4, c.p.p., che riguarda soltanto i rimedi impugnatori previsti e disciplinati nell'omonimo Libro nono del codice di rito penale. Inoltre l'assoluta eterogeneità, sul piano strutturale e su quello della positiva disciplina procedimentale, tra il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 606 c.p.p. e la impugnazione simmetrica prevista dall'art. 360 c.p.c., escludono la possibilità della *translatio iudicii* al giudice competente, secondo la previsione dell'art. 568 citato.

Durata del trattenimento e pregressa limitazione della libertà personale

Una pronuncia del Giudice di pace di Torino (decreto del 4.7.2020 R.G. 7115/2020) si segnala per la singolare decisione di convalidare il trattenimento per 16 giorni, in considerazione del fatto che il cittadino straniero, soccorso in mare, era stato sottoposto a una limitazione della libertà personale per 14 giorni in cui era stato trattenuto in isolamento sanitario dopo lo sbarco. Il Giudice di pace ha riconosciuto che il cittadino straniero, prima dell'ordine questorile e della conseguente udienza di convalida, era stato già sottoposto a un trattenimento, in assenza di un provvedimento dell'autorità amministrativa e di convalida dell'autorità giudiziaria; il Giudice di pace, nel convalidare il trattenimento per un periodo di 16 giorni, sembra aver voluto convalidare (ora per allora, e in palese eccesso dei termini posti dall'art. 13 della Costituzione) il pregresso trattenimento che si era protratto per 14 giorni in modo illegittimo.

Trattenimento del richiedente asilo, termini

La Corte di Cassazione, con ordinanza sez. I del 2/9/2020 n. 18224, ha rimesso all'udienza pubblica la trattazione di un ricorso avverso il decreto di proroga del trattenimento di una cittadina straniera, richiedente asilo, disposto dal questore ai sensi dell'art. 6, co. 2, d.lgs. 142/2015. La questione sollevata nel ricorso riguardava la durata del periodo di trattenimento disposto nei confronti del richiedente asilo in stato di libertà, cioè nelle ipotesi di pericolosità e di rischio di fuga disciplinate dall'art. 6, co. 2, d.lgs. 142/2015, e non nella diversa ipotesi di trattenimento disposto, ai sensi dell'art. 6, co. 3, del citato decreto, nei confronti del cittadino straniero, già trattenuto ad altro titolo, che abbia presentato durante il trattenimento una domanda di protezione internazionale ritenuta pretestuosa.

In effetti l'art. 6 citato rinvia all'art. 14, d.lgs. 286/1998, che al comma 5 prevede che la convalida comporti la permanenza nel Centro per un periodo di complessivi trenta giorni, prorogabili. La diversa indicazione di un periodo di trattenimento di sessanta giorni, prorogabili, è contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 6, co. 5, per la sola ipotesi del trattenimento disposto nei confronti dello straniero che abbia presentato domanda di protezione internazionale mentre è già trattenuto ad altro titolo.

La questione era stata già affrontata, ma non risolta, in due precedenti ordinanze (n. 28116 del 2018 e n. 8373 del 2019) segnalate nelle precedenti edizioni di questa *Rassegna*.

Misure alternative al trattenimento

Si segnala un provvedimento del Tribunale di Roma (decreto sez. XVIII del 10.7.2020, R.G. 32572/2020) che, richiesto di convalidare il trattenimento di un richiedente asilo disposto *ex art.* 6, co. 3, d.lgs. 142/2015, ha ritenuto non pretestuosa la domanda di protezione internazionale e ha rigettato la richiesta di convalida ma ha applicato le misure alternative da determinarsi a cura dell'ufficio di polizia.

Il provvedimento è apprezzabile per aver fatto applicazione del principio, già affermato almeno in via incidentale dalla Corte di cassazione (ord. sez. VI del 3.2.2017 n. 3298; ord. sez. I del

26.10.2018 n. 27305, ord. sez. VI del 8.3.2018 n. 5582, già segnalate in questa *Rassegna*), secondo cui il Tribunale investito della richiesta di convalida del trattenimento del richiedente asilo deve considerare l'applicazione di misure alternative al trattenimento. D'altro canto, però, desta perplessità la decisione del Tribunale che applica le misure alternative al trattenimento pur avendo escluso la pretestuosità della domanda; inoltre appare dubbia la legittimità della decisione di rimettere la determinazione delle modalità di presentazione all'ufficio di polizia, perché in tal modo non vi sarà alcun controllo giurisdizionale (neanche cartolare) sulla limitazione della libertà del destinatario della misura.

NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

Il permesso di soggiorno per cure mediche

Con ordinanza 16.9.2020 RG. 6522 /2019 il Tribunale di Brescia ha riconosciuto il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche, *ex art. 19, co. 2-bis TU d.lgs. 286/98*, a cittadino del Ghana il quale aveva impugnato il diniego del questore di Brescia di rilascio di permesso umanitario. Il giudice bresciano censura il ricorso nella parte in cui si basa su un *obiter dictum* del medesimo Tribunale all'esito di un precedente giudizio in cui era stato chiesto il permesso per motivi familiari. Per contro, accertato il serio stato di salute psichica del cittadino straniero e verificata l'inadeguatezza del sistema sanitario ghanese rispetto a cui «*egli non potrebbe con certezza essere sottoposto al trattamento sanitario necessario e rischierebbe persino di essere oggetto di esclusione sociale e di essere sottoposto ad abusi fisici*», riconosce il diritto al permesso per cure mediche previsto dalla disposizione introdotta con il d.l. n. 113/2018.

La regolarizzazione 2020 (art. 103 d.l. n. 34/2020)

È noto che con il decreto legge n. 34/2020, cd. decreto rilancio emesso nel periodo di emergenza sanitaria da COVID-19, il governo ha disposto, all'art. 103, un provvedimento straordinario per la regolarizzazione delle persone straniere presenti in Italia all'8 marzo 2020 ed in possesso di determinati requisiti soggettivi ed oggettivi (tra i primi commenti si vedano: si vedano M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, in *Diritti senza confini - Questione giustizia*; S. Briguglio, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in *Diritti senza confini - Questione giustizia*).

La regolarizzazione attuale è/era importante perché non destinata alle sole persone straniere prive di permesso di soggiorno, mirando invece a stabilizzare anche tutte quelle molteplici situazioni di titolarità di permessi *ex lege* non convertibili in lavoro. L'applicazione pratica della norma e le interpretazioni ministeriali stanno, però, già determinando un contenzioso giudiziale, che non si prefigura affatto contenuto. Una delle prime questioni postesi riguarda la compatibilità tra la domanda di regolarizzazione presentata direttamente dallo/a straniero/a (art. 103, co. 2) ed il mantenimento della domanda di riconoscimento della protezione internazionale. Compatibilità che lo stesso Ministero dell'interno riconosce sussistente ma per le sole ipotesi contemplate dall'art. 103, co. 1, ovvero sia con domanda presentata dal datore di lavoro, escludendola in relazione alla domanda *ex comma 2*. In questo secondo caso, infatti, il Ministero sostiene necessaria la condizione di irregolarità di soggiorno, che non può essere dimostrata dal richiedente asilo (che sarebbe sempre regolarmente soggiornante) se non a fronte di espressa rinuncia alla domanda di protezione internazionale, in sede amministrativa o giudiziale.

Di seguito, le prime pronunce sulla questione, sia di fronte alla giustizia amministrativa che a quella ordinaria, la quale ultima affronta l'importantissima conseguenza della rinuncia alla domanda d'asilo.

Con ordinanze cautelari nn. 272, 274, 275 e 276 del settembre 2020 il TAR Marche ha sospeso l'efficacia di provvedimenti di inammissibilità della domanda di regolarizzazione, presentata ai sensi dell'art. 103, co. 2, d.l. 34/2020, motivate per mancata rinuncia alla domanda di riconoscimento della protezione internazionale, ordinando alla questura la prosecuzione dei procedimenti di regolarizzazione. Il giudice regionale marchigiano premette che la nuova normativa richieda un *«periodo di “rodaggio” (tenuto anche conto del contesto generale in cui la stessa è stata emanata)»*, ma nel contempo evidenzia che *«che la circolare congiunta Ministero dell'interno-Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 24 luglio 2020 prevede che l'istanza di emersione ex art. 103 d.l. n. 34/2020 può essere presentata anche dai cittadini extracomunitari autorizzati a permanere sul T.N. ai sensi del d.lgs. n. 25/2008 (dettando le modalità operative che gli uffici periferici debbono osservare al riguardo)»* e che fino al 31 agosto 2020 è stata disposta la proroga di tutti i permessi di soggiorno in scadenza precedentemente, stante l'emergenza sanitaria da COVID-19.

Anche il Tribunale di Firenze con decreto collegiale 25.9.2020 RG. 4639/2020 ha esaminato la relazione tra domanda di riconoscimento della protezione internazionale e regolarizzazione ai sensi dell'art. 103, co. 2, d.l. n. 34/2020, in un giudizio relativo alla prima. Ha posto una serie di principi importanti, tra i quali il dovere per il giudice di accertare se il richiedente asilo sia effettivamente e concretamente informato delle conseguenze della rinuncia alla domanda di asilo, in ossequio a quanto previsto dalla direttiva europea n. 2013/32/UE (artt. 12 e 19). Inoltre, il Tribunale fiorentino qualifica la rinuncia alla domanda di protezione, in ambito giudiziale, come rinuncia all'azione con conseguente necessità che il difensore ne sia specificamente dotato, non essendo sufficiente la mera procura alle liti che non contenga anche quell'espreso potere.

Il Tribunale di Firenze si fa carico anche del contenuto delle circolari ministeriali che, in ritenuta applicazione dell'art.13, co. 2, richiedono per il comma 2 la rinuncia alla domanda di protezione, evidenziando la loro ambiguità e rilevando che la rinuncia comunque potrebbe essere ritenuta irrilevante perché interviene in un momento successivo alla presentazione della domanda di regolarizzazione, mentre la legge richiede la sussistenza dei requisiti al momento della domanda.

A conclusione dell'ampia disamina della questione, il giudice fiorentino fissa una nuove udienza per la verifica dell'effettiva consapevolezza del richiedente asilo delle conseguenze della sua rinuncia alla domanda di protezione internazionale.

Trattasi della prima pronuncia che, a quanto consta, è affrontata nei giudizi della protezione internazionale a seguito della pretesa ministeriale di rinunciare ad essa per avere il permesso di soggiorno semestrale previsto dall'art. 103, co. 2, d.l. 34/2020.

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO STATUS DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

Il Tribunale di Milano, con decreto dell'8.7.2020, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una donna, proveniente dalla Sierra Leone, in ragione del fondato timore che la di lei figlia fosse costretta a subire i riti di iniziazione nella *società Bondo*. Numerosi sono i profili di interesse della pronuncia in esame. In primo luogo il Collegio rileva come la ricorrente agisca direttamente a tutela della minore e come tale agire a protezione della figlia, al fine di sottrarla all'iniziazione ad una società segreta, oltre a costituire per lei un vero e proprio obbligo giuridico, persino penalmente rilevante, esponga ella stessa al pericolo di una possibile e altamente probabile persecuzione. Con riferimento al timore di persecuzione della ricorrente, il Tribunale osserva come tale timore trovi diretto riscontro in una nota emessa nel 2009 dall'U.N.H.C.R., intitolata «Nota orientativa sulle domande d'asilo riguardanti la mutilazione genitale femminile»), nella quale si evidenzia come in determinate circostanze anche il genitore può affermare un fondato timore di persecuzione in connessione con l'esposizione della figlia al rischio di MGF.

Il timore di persecuzione della ricorrente, legata al rischio che la figlia, in caso di rientro in Sierra Leone, venga costretta a subire i riti di iniziazione della società segreta Bondo, è stato dal Tribunale valutato rilevante, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, sia con riferimento all'appartenenza ad un particolare gruppo sociale (*le lesioni, infatti, vengono inflitte alle ragazze e alle donne proprio a causa del loro sesso, per affermare potere su di loro e per controllare la loro sessualità; la pratica, quindi, fa parte di un più ampio sistema di discriminazione contro ragazze e donne in una specifica società*) sia con riferimento ai *motivi religiosi* (la persecuzione per motivi religiosi può sussistere anche quando vi siano interferenze mirate contro una persona che non desidera professare alcuna religione, rifiuta di aderirvi o non vuole conformarsi a una parte o a tutti i riti e le usanze di una religione, come nel caso della ricorrente).

Infine, il Tribunale evidenzia, con riferimento al requisito prescritto *ex d.lgs. n. 251 del 2007, art. 5*, che l'organizzazione e la diffusione della Bondo Society all'interno della Sierra Leone, evidenziata da fonti pertinenti e aggiornate indicate nel provvedimento, consentono senz'altro di ritenere che tale soggetto possa agire senza significative possibilità di essere contrastato dalle autorità statali.

Con riferimento agli atti persecutori compiuti contro le *persone ritenute omosessuali*, la Suprema Corte (Cass. 26.5.2020 n. 9815) ha ribadito che l'orientamento sessuale è un elemento idoneo a dimostrare l'appartenenza del richiedente ad un particolare gruppo sociale,

quando il gruppo delle persone i cui membri condividono lo stesso orientamento sessuale è percepito dalla società circostante come diverso. Nella decisione in esame la Suprema Corte, dopo aver precisato che l'accertamento della condizione personale richiede che il giudicante si ponga in una prospettiva dinamica e non statica, si sofferma sul valore probatorio delle dichiarazioni del ricorrente. In particolare, gli Ermellini, cassando la decisione che aveva ritenuto che le sole dichiarazioni della parte non fossero prova di omosessualità, ha ribadito che le «dichiarazioni del richiedente asilo sul proprio orientamento sessuale devono essere raccolte da un intervistatore competente e valutate dal giudice secondo i criteri procedurali di cui all'art. 3 del d.lgs. 251/2007, comparate con COI aggiornate e pertinenti, e possono essere sufficienti da sole a dimostrare l'appartenenza al gruppo sociale a rischio persecutorio, ovvero la circostanza che nel Paese d'origine il soggetto è stato percepito come tale» (negli stessi termini, con riferimento al valore delle “sole” dichiarazioni del ricorrente, si è espressa anche la Corte d'appello di Bari, nella sentenza n. 1388 del 27.7.2020).

Il Tribunale di Cagliari, con decreto n. 2067 del 24.7.2020, prendendo in esame la domanda di protezione internazionale proposta da un ricorrente algerino che aveva narrato di essere omosessuale – riferendo le vicende legate alla scoperta del proprio orientamento sessuale, l'identità dei propri compagni, le difficoltà avute con la sua famiglia – ha riconosciuto lo *status* di rifugiato. Nella decisione in commento, il Tribunale si è soffermato sulla condizione di criminalizzazione dell'omosessualità nel Paese di origine del richiedente, rilevando come in Algeria, sebbene la Costituzione protegga i diritti umani fondamentali, la stessa non includa disposizioni per prevenire la *discriminazione basata sull'identità di genere o sull'orientamento sessuale* e come il codice penale criminalizzi «l'indecenza pubblica» e le relazioni sessuali tra persone dello stesso sesso con la reclusione fino a due anni e una multa di 10.000 dinari (circa 70,00 Euro), che si applica sia agli uomini che alle donne.

La Suprema Corte (ord. n. 18803/2020) – chiamata a decidere sull'appello proposto contro una decisione che aveva rigettato la domanda spiegata da una ricorrente albanese che aveva dedotto di esser stata segregata in casa dal proprio compagno, rivelatosi violento dopo l'inizio della convivenza, e di aver subito insulti, violenze e minacce, rispetto alle quali non aveva ricevuto tutela dalla polizia nonostante la denuncia – si è soffermata sulla violenza di genere. La Corte di cassazione, dopo aver affermato che in presenza di elementi certi che evidenziavano un contesto di grave *violenza domestica* ed in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi in fase amministrativa, i giudici di merito avrebbero dovuto procedere all'ascolto diretto della ricorrente, ha sottolineato che la violenza di genere non può mai essere ridotta a fatto meramente privato, atteso che «essa costituisce una delle fattispecie espressamente previste dall'art. 7, co. 2, d.lgs. n. 251 del 2007 ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato» (cfr. in particolare lett. a), che contempla gli «*atti di violenza fisica o psichica,*

compresa la violenza sessuale» e lett. f), che si riferisce invece agli «atti specificamente diretti controun genere sessuale o contro l'infanzia»).

Ancora in materia di violenza domestica si è pronunciato il Tribunale di Milano, con decreto del 15.7.2020, che – esaminando la domanda di protezione spiegata da una donna originaria delle Filippine ed espatriata per sfuggire agli abusi perpetrati ai danni della stessa e del figlio da parte del marito – ha riconosciuto alla ricorrente lo *status* di rifugiato per appartenenza al gruppo sociale delle donne vittime di violenza. Di particolare interesse il richiamo sia ai principi della *Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*, (c.d. Convenzione di Istanbul) sia alla definizione di *violenza basata sul genere* fornita dall'agenzia delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR). In virtù della predetta definizione, i giudici milanesi hanno sottolineato che violenza comprende, sia abusi fisici, sessuali e psicologici all'interno del nucleo familiare, o all'interno della comunità nel suo complesso, ovvero perpetrati e giustificati da parte dello Stato e delle istituzioni, sia il traffico delle donne, delle ragazze e la prostituzione forzata, il mancato accesso a risorse economiche o mezzi di sussistenza, opportunità, istruzione, salute o altri servizi sociali. Merita, infine, rilevare come il Collegio abbia ritenuto la donna meritevole di essere riconosciuta come rifugiata alla luce delle fonti sul Paese di origine che ben descrivono sia la diffusione del fenomeno della violenza familiare nelle Filippine, sia la mancanza di volontà e/o capacità da parte dello Stato e degli altri soggetti preposti alla protezione, secondo la disciplina normativa di cui al d.lgs. n. 251 del 2007, art. 6, di tutelare le donne ed i minori, vittime di tale reato.

La condizione di *grave epilessia* che ha colpito un cittadino del Mali, esaminata alla luce delle fonti internazionali aggiornate e pertinenti – che dimostrano come il ricorrente rischi concretamente di essere sottoposto ai trattamenti tali da incidere fortemente sulle sue concrete condizioni di vita e da impedirgli l'accesso ai servizi sanitari e assistenziali, al lavoro, ad una vita dignitosa nonché all'esercizio dei diritti civili e politici – fonda il riconoscimento dello *status* di rifugiato (Tribunale di Milano, 5.2.2020). Il Collegio ha valutato come in Mali le persone affette da epilessia siano discriminate e stigmatizzate perché percepite come vittime di stregoneria e come le conseguenze inevitabili siano l'isolamento e la stigmatizzazione nonché l'impossibilità di ricevere cure adeguate che consentano di limitare gli effetti negativi della malattia.

Con riferimento alla valutazione della natura persecutoria dell'atto, il Tribunale meneghino ha precisato come debbano essere tenute adeguatamente in considerazione tutte le condizioni fisiche, psichiche, personali, sociali ed economiche dell'individuo e come le disparità di trattamento ed i comportamenti discriminatori, sommati gli uni agli altri, possano dar luogo ad una violazione dei diritti umani fondamentali (che, se riconducibili ad uno dei motivi specifici previsti nella Convenzione di Ginevra del 1951, possono essere qualificati come persecutori).

Religione

Le accuse di *stregoneria* rivolte alla figlia della ricorrente (per fatti accaduti in Costa D'Avorio, dopo la fuga della ricorrente dal Paese d'origine) giustifica, ad avviso del Tribunale di Torino – decreto n. 741 del 3.2.2020 – il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Osserva il Collegio come, dalle specifiche COI consultate, emerga che le persecuzioni conseguenti ad accuse di *stregoneria* possano essere condotte, anche non ad un reale credo religioso espresso dall'individuo oggetto di persecuzione o la sua effettiva partecipazione ad un gruppo sociale (nel caso di specie quello delle “streghe”), ma piuttosto alla percezione che ne hanno i persecutori. Nel decreto in esame si sottolinea come ciò che viene in rilievo è la credenza diffusa e radicata, all'interno di una determinata comunità o di un gruppo di persone, che un soggetto – molto spesso di sesso femminile – sia da considerarsi una “strega”.

Con riferimento al fondato timore allegato dalla ricorrente, il Tribunale evidenzia come lo stesso debba essere ravvisato nella paura di subire trattamenti di emarginazione in ragione del fatto che la stessa verrebbe considerata una strega per essere madre di una minore già ritenuta tale, e pertanto associata ad una particolare forma di pratica religiosa o comunque ad uno specifico gruppo sociale (e come, peraltro, la persecuzione possa estendersi anche ad altri membri in ragione del carattere ereditario della *stregoneria* per via matrilineare).

La Suprema Corte, con ordinanza n. 15219 del 2020, esaminando il ricorso proposto avverso il decreto con il quale il Tribunale di Milano aveva rigettato la domanda di una richiedente, proveniente dalla Cina, in ragione del rischio di persecuzione legato al suo credo religioso, ha ravvisato l'esistenza di un vizio di motivazione «perplessa ed incomprensibile». In particolare la Suprema Corte ha censurato la motivazione dei giudici meneghini nella parte in cui hanno attribuito importanza al livello di consapevolezza della scelta religiosa della richiedente ed hanno valutato il contesto di pericolo legato alla repressione del fenomeno religioso esistente in *Cina* non già in senso favorevole per la credibilità della storia, ma piuttosto in senso contrario, dando rilievo al fatto che, in presenza di una situazione di rischio, non sarebbe credibile che singoli consociati comunque scelgano di resistere, professando liberamente la loro fede e svolgendo proselitismo. Nella pronuncia in esame la Suprema Corte ha affermato che il «*sindacato sul percorso individuale che la persona abbia seguito per abbracciare un determinato credo religioso e sul livello di conoscenza dei relativi riti non rientra nell'ambito della valutazione di merito devoluta al giudice ordinario ai fini dell'apprezzamento della credibilità della storia riferita dal richiedente la protezione, internazionale o umanitaria*». Con riferimento alla valutazione di attendibilità, la Corte di cassazione ha precisato che, ai fini di escludere l'attendibilità della storia personale riferita dal richiedente la protezione, in un contesto di ritenuta discriminazione religiosa nel Paese d'origine (ai danni degli adepti di una determinata fede) non può essere dato rilievo al fatto che costui abbia comunque scelto di professare il suo credo religioso o di fare proselitismo, atteso che tali attività «*rientrano nell'ambito della libera esplicazione della personalità umana*».

Il Tribunale di Milano, con decreto dell'8.7.2020, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un richiedente della Sierra Leone che, quale figlio di un membro della *Poro Society*, essendosi rifiutato di succedere al padre e di completare i riti di iniziazione (che potevano comportare l'uccisione dei fratellastri), temeva di essere ucciso da uno membri della predetta società. Nella decisione in esame il Collegio sottolinea come la persecuzione per motivi religiosi possa sussistere anche quando una interferenza nella libertà religiosa sia mirata contro una persona che non desidera professare alcuna religione, rifiuta di aderirvi o non vuole conformarsi a una parte o a tutti i riti e usanze di una religione. Richiamando un precedente della Corte di giustizia (sentenza resa dalla Grande Sezione nelle cause riunite C-71/11 e C-99/11 *Bundesrepublik Deutschland/Y.Z.*, 5 settembre 2012), nel decreto si ribadisce che qualora la partecipazione a cerimonie pubbliche di culto, singolarmente o in comunità, possa comportare la concretizzazione di lesioni, la violazione del diritto alla libertà di religione può configurarsi come sufficientemente grave per l'adozione della protezione maggiore.

Opinioni politiche

Il Tribunale di Perugia, con decreto n. 453 del 30.6.2020, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino pakistano, in ragione del fondato timore di essere forzatamente reclutato dal gruppo islamico *Lashkar-e-Taiba*. Sulla base del racconto del ricorrente, ritenuto dettagliato e specifico e, dunque, pienamente credibile, il Tribunale ha ritenuto fondato il pericolo del richiedente di essere perseguitato per motivi di appartenenza al citato gruppo (e, dunque, per motivi legati alle opinioni politiche), senza che, in ipotesi di rimpatrio, possa ricevere protezione dal suo Paese in quanto, come riscontrato dalle fonti, il gruppo terroristico aveva ricevuto sostegno da parte dell'Inter-Service Intelligence pakistano e quindi presentava forti elementi di collusione con apparati dello Stato.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14, lett. a) e b)

Il Tribunale di Catania, con decreto del 21.7.2020, ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad una donna originaria del Marocco, fuggita dal Paese d'origine in seguito alle *violenze subite dal marito* (il quale aveva usato violenza anche contro i figli). I giudici catanesi hanno affermato che, in caso di ritorno in Marocco, la ricorrente si troverebbe esposta ad una seria minaccia per la propria vita e rischierebbe di essere oggetto di ulteriori maltrattamenti e torture, anche in relazione alla situazione socio-politica esistente. Il racconto della ricorrente è stato ritenuto pienamente credibile anche alla luce delle fonti internazionali che attestano come in Marocco lo stupro all'interno del matrimonio non sia considerato un crimine e come una condanna di violenza sessuale possa comportare una condanna ad un massimo di un anno e ad una multa di 15.000 dirham (\$ 1.530).

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14, lett. c)

Il Tribunale di Firenze, con decreto del 25.6.2020, e il Tribunale di Catania, con decreto del 7.7.2020, hanno riconosciuto la protezione sussidiaria a due cittadini del *Burkina Faso*, in ragione del rischio di essere coinvolti nella violenza da conflitto armato generalizzato. Nelle decisioni in esame, alla luce delle più aggiornate informazioni sul Paese d'origine – consultate da entrambi i Tribunali anche a fronte di una valutazione negativa di credibilità del ricorrente sulle ragioni dell'espatrio (ma non sulla provenienza dal Burkina Faso) – viene affermata l'estensione del conflitto a pressoché tutto il Paese e la conseguente condizione di conflitto armato con violenza indiscriminata nei confronti dei civili ai sensi dell'art. 14, lett. c), d.lgs. 19.11.2017 n. 251.

La Corte di cassazione, nell'ordinanza n. 2954 del 7.2.2020 – con riferimento al tema del dovere di cooperazione del giudice nel caso di situazione di violenza indiscriminata da conflitto armato – ha ribadito che *il pericolo di danno grave in caso di rimpatrio debba essere considerato in linea «meramente oggettiva»*, a prescindere dalle ragioni che hanno indotto il richiedente asilo ad emigrare e con riferimento all'attualità. Nella pronuncia in esame, la Suprema Corte ha precisato come sia del tutto irrilevante il fatto che la situazione pericolosa di danno grave possa essere sorta in un momento successivo alla partenza del richiedente dal Paese di origine e come sia ininfluente il motivo che aveva originato la sua partenza. Con particolare riferimento al dovere di cooperazione, la Suprema Corte ha chiarito come tale potere-dovere non trovi ostacolo nella non credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente (ad eccezione del caso in cui si ritenga proprio non credibile la provenienza da una determinata area geografica), nel caso in cui oggetto di valutazione sia proprio la situazione generale di sicurezza del Paese d'origine.

QUESTIONI PROCESSUALI

Sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto

Il Tribunale di Cagliari, con decreto del 12.6.2020, ha sospeso l'efficacia esecutiva del decreto di rigetto della domanda di protezione, ritenendo che i «fondati motivi» di cui al d.lgs. 25 del 2008, art. 35-*bis*, co. 13, possano ritenersi integrati in ragione di una condizione di «grave vulnerabilità» in capo al ricorrente. In tal senso, il Collegio ha considerato i seguenti elementi: la vulnerabilità intrinseca da ravvisare in capo a chi lascia il Paese d'origine ancora minorenne (a tal proposito, nel decreto si sottolinea come la scelta di chi abbandona il proprio Paese da minorenne, in totale solitudine, «non può, infatti, costituire il frutto di una ponderata valutazione di convenienza economica, ma, piuttosto, appare dettata dal bisogno impellente e dalla percezione istintiva di non poter avere una vita dignitosa nel quadro sociale e familiare

di riferimento») nonché una condizione di instabilità politica e sociale del Gambia che, pur non rilevando ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, assume comunque rilievo nel far apparire maggiormente gravosa la condizione a cui verrebbe esposto il ricorrente in caso di forzoso rimpatrio.

Nella decisione del Tribunale di Milano (decreto del 16.9.2020) i «fondati motivi» sono stati ritenuti sussistenti in ragione della eccezionale emergenza sanitaria determinata dall'epidemia da virus COVID-19 e in ragione delle eccezionali misure adottate dal Governo per contrastarla. Ad avviso dei giudici meneghini, il rigetto della richiesta di sospensione comporterebbe la revoca, in capo al richiedente, del permesso di soggiorno temporaneo per richiesta di asilo. Tale revoca, prosegue il Collegio, determinerebbe l'impossibilità di osservanza delle prescrizioni dell'Istituto Superiore della Sanità a tutela della salute individuale e collettiva perché la revoca del permesso di soggiorno precluderebbe l'accesso del richiedente al Servizio sanitario nazionale e alle cure del medico di famiglia.

Nella valutazione dei «fondati motivi», anche il Tribunale di Bari (decreto del 28.7.2020), prende in esame la situazione di emergenza sanitaria connessa alla pandemia da COVID-19, ma con riferimento alla condizione del Paese d'origine del ricorrente (la Nigeria). Il giudice investito della domanda cautelare, ha esaminato la condizione del Sistema sanitario nigeriano (che «non riesce ad assicurare una copertura nei confronti della generalità dei cittadini»), la diffusione dei focolai, l'evidente sottostima dei numeri di morti e ammalati diffusi dalle autorità nazionali nonché la scarsità delle risorse a disposizione dei sanitari per poter fronteggiare l'attuale situazione, ritenuta fuori controllo, per la mancanza di dispositivi di protezione individuale e l'assenza di sanificazione delle strutture ospedaliere.

Individuazione del momento di presentazione della domanda in via amministrativa ai fini dell'individuazione della legge applicabile e domande reiterate

Il Tribunale di Venezia, con decreto del 4.6.2020, chiamato a decidere su una domanda reiterata dichiarata inammissibile dalla Commissione territoriale, si è soffermato sul requisito degli «elementi nuovi» di cui all'art. 29, d.lgs. 25/2008. Nel caso portato all'attenzione dei giudici veneziani, il ricorrente, a sostegno della nuova domanda di protezione internazionale, aveva rappresentato la situazione di grave instabilità politica del Ghana ed aveva prodotto un contratto di lavoro, sottoscritto dopo il rigetto della prima domanda. Ad avviso del Tribunale, le COI consultate evidenziavano come l'area di provenienza del ricorrente (Kusasi) non fosse interessata da una situazione di violenza generalizzata. Con riferimento al contratto di lavoro è stato affermato come lo stesso poteva essere considerato solo ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria.

Con specifico riferimento all'individuazione della legge applicabile, il Tribunale ha ritenuto che, laddove in epoca antecedente alla compilazione del c.d. modello C3 il ricorrente abbia

manifestato la propria volontà di chiedere protezione, sarà in questo momento che si potrà ritenere presentata una domanda in via amministrativa (anche se la compilazione del modello C3 sia avvenuta in epoca successiva). Tale considerazione ha, così, portato il Tribunale a ritenere applicabile il disposto dell'art. 5, co. 6, d.lgs. 25.7.1998 n. 286 (nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dal d.l. 4.10.2018 n. 113).

Presupposti per la rinnovazione dell'audizione del ricorrente

La Corte di Cassazione, con ordinanza del 20.5.2020 n. 9228 – chiamata a decidere su un ricorso proposto da un cittadino del Bangladesh che aveva censurato la decisione del Tribunale di non disporre l'audizione del ricorrente in assenza di videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla Commissione territoriale – ha affermato che la qualificazione in «termini di diritto soggettivo delle posizioni soggettive coinvolte nel procedimento giurisdizionale di delibazione delle domande di protezione, internazionale o umanitaria, implica necessariamente la garanzia della piena esplicazione del diritto di difesa del richiedente la protezione, attraverso un contraddittorio pieno, che non si articoli soltanto in una sequenza processuale, ma consenta al richiedente un effettivo e diretto contatto con il “suo” giudice». Le caratteristiche del c.d. onere probatorio attenuato e le peculiarità della valutazione di credibilità richiedono, ad avviso dei Giudici di legittimità, un «contatto tra richiedente e giudice, poiché la credibilità della storia dipende anche dal modo con cui la narrazione viene riferita, dall'atteggiamento dello straniero, dalle sue esitazioni, dal coinvolgimento che egli mostra durante il colloquio». Per tali motivi, la Suprema Corte ha affermato il seguente principio: «Nei procedimenti di riconoscimento della protezione, internazionale o umanitaria, qualora la videoregistrazione del colloquio svoltosi in sede amministrativa non sia disponibile, o perché non eseguita o perché comunque non acquisita agli atti del processo, il giudice di merito deve sempre fissare l'udienza di comparizione personale del richiedente, da un lato al fine di consentire a quest'ultimo un accesso ed un contatto diretto con il suo giudice naturale precostituito per legge, e quindi la piena ed effettiva esplicazione delle garanzie processuali, e dall'altro lato in modo da acquisire tutti gli elementi necessari per condurre la valutazione di credibilità, o meno, della storia personale riferita dal richiedente medesimo. Ne deriva che detta udienza costituisce il luogo naturalmente deputato allo svolgimento dell'audizione personale del richiedente, che può essere evitata soltanto in via eccezionale, qualora il giudice di merito ritenga, all'esito di motivata decisione, che le contraddizioni e le carenze esterne della storia non possano essere superate dall'audizione stessa. In tal caso, va comunque garantita al richiedente la facoltà di rendere le proprie dichiarazioni».

Sul tema dell'audizione del ricorrente in fase giurisdizionale la Suprema Corte si è soffermata anche in altre pronunce, giungendo a soluzioni non sempre omogenee.

Con ordinanza n. 15318 del 6.7.2020, la Corte di cassazione, richiamando i principi contenuti nella sentenza della Corte di giustizia UE 26 luglio 2017, C-348/16, *Moussa Sacko*, ha

affermato che il Tribunale investito del ricorso avverso il rigetto della domanda di protezione internazionale, può scegliere di disporre l'audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione. Aggiunge anche che non si ritiene che vi sia necessità di disporre la rinnovazione dell'audizione in fase giurisdizionale solo in ragione dell'assenza di videoregistrazione ed anzi si afferma che il Tribunale ben possa esimersi dall'audizione del richiedente se a questi sia stata data la facoltà di rendere l'audizione dinanzi alla Commissione territoriale e il verbale del colloquio sia stato trasmesso al Tribunale.

Nell'ordinanza n. 16925/2020, la Corte di cassazione ha ribadito come non sussista alcun automatismo tra la mancanza di videoregistrazione e la rinnovazione dell'ascolto del richiedente, a maggior ragione quando nel ricorso la difesa non indichi quali diversi ed ulteriori elementi acquisire nella fase giurisdizionale.

Onere della prova e valutazione di credibilità

Con ordinanza n. 11970/2020, la Corte di cassazione ha affermato che la protezione di cui all'art. 14, lett. c) d.lgs. 251/2007, prescinde da fatti che attengano ad una vicenda individuale e, per tale motivo, chi invochi tale forma di protezione non ha l'esigenza di avvalersi dei criteri posti dall'art. 3, co. 5, d.lgs. 251/2007 per colmare le lacune probatorie che la storia personale del richiedente evidenzia. Nella pronuncia in esame si ribadisce che il fatto costitutivo è la situazione di pericolo generalizzato dato dalla violenza indiscriminata in presenza di conflitto armato nel Paese in cui il ricorrente deve essere rimpatriato. In forza delle predette considerazioni, la Suprema Corte afferma che «la prova di tale situazione, in difetto di attivazione della parte, va acquisita d'ufficio dal giudice». Nella decisione in esame, gli Ermellini affermano che i criteri posti dal d.lgs. n. 251 del 2007, art. 3, co. 5, agiscono come «correttivi di un onere probatorio del richiedente riferito alla sua vicenda personale; poiché tale vicenda non rileva con riguardo alla domanda di protezione sussidiaria d.lgs. cit. art. 14, lett. c), (sempre che non si discuta della provenienza dell'istante), non può nemmeno configurarsi, in relazione ad essa, quella situazione di deficit probatorio che il cit. art. 3, co. 5, presuppone: e ciò rende inoperanti i criteri posti dalla detta norma per supplire a una carenza siffatta». Ciò premesso, esclusa l'applicazione dei detti criteri, ad avviso della Corte deve conseguentemente negarsi che il giudizio di credibilità o non credibilità delle dichiarazioni rese dal dichiarante sortisca conseguenze preclusive per l'accesso al diritto di cui al d.lgs. n. 251 del 2007, art. 14, lett. c).

Ancora con riferimento alla valutazione di credibilità, la Corte di cassazione, con ordinanza del 9.7.2020 n. 14671 ha precisato che tale valutazione può dar luogo ad un «apprezzamento di fatto» (censurabile in Cassazione solo ai sensi dell'art. 360 c.p.c., co. 1, n. 5) solo ove la stessa risulti effettuata in conformità della legge. Ove, invece, tale valutazione non derivi da un esame effettuato in conformità con i criteri stabiliti dalla legge «è denunciabile in Cassazione – con

riguardo all'esame medesimo – la violazione delle relative disposizioni, la cui sussistenza viene ad incidere “a monte” sulle premesse della valutazione di non credibilità, travolgendola non per ragioni di fatto ma di diritto».

Decidendo su un ricorso rigettato dal Tribunale in ragione di una valutazione negativa di credibilità della riferita persecuzione per motivi religiosi, la Suprema Corte, con ordinanza n. 5225/2020 ha delimitato l'oggetto della predetta valutazione, precisando che la scelta di fede costituisce, al pari di quella sull'orientamento sessuale, una delle primarie modalità di estrinsecazione della personalità umana e che, di conseguenza, «non può mai essere consentito al giudice di spingersi sino alla pretesa di valutare criticamente il percorso personale di avvicinamento alla fede seguito da un determinato soggetto, ovvero le modalità con le quali costui sceglie, in assoluta libertà – e fermi restando soltanto i limiti di ordine pubblico e sicurezza nazionale – di professare la propria fede». La Corte ha affermato come non possa rientrare nell'ambito della valutazione di credibilità della storia riferita dal richiedente la protezione, internazionale o umanitaria, ovvero di attendibilità dello stesso, il sindacato sul percorso individuale che il richiedente abbia seguito per abbracciare quel determinato credo, né il livello di conoscenza dei relativi riti.

Dovere di cooperazione e informazioni sul Paese d'origine (COI)

Il dovere di cooperazione del giudice con riferimento a quanto accaduto nel Paese di transito è esaminato dalla Suprema Corte, nell'ordinanza n. 13758/2020. Nella decisione in esame, gli Ermellini, partendo dal disposto dell'art. 8, co. 3, d.lgs. 25/2008, affermano che il giudice di merito «deve in ogni caso» esaminare la situazione del Paese d'origine e procedere alla verifica del c.d. *Paese di transito*, quando tale valutazione occorra nel caso concreto. Con riferimento alla valutazione del Paese di transito, si afferma che la stessa debba essere compiuta, in particolare, quando il “passaggio” nel Paese di transito si sia protratto nel tempo (atteso che il passare del tempo nel predetto Paese potrebbe aver assunto un significato per il vissuto del migrante richiedente protezione).

Il rapporto tra dovere di cooperazione del giudice, informazioni sul Paese d'origine e fatto notorio è oggetto di esame da parte della Suprema Corte, nell'ordinanza del 16.7.2020 n. 15215. Nella decisione in commento, la Corte di cassazione precisa che nell'attuale contesto normativo ed alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale consolidatasi in tema di cooperazione istruttoria e di onere della prova attenuato, si deve ammettere, da un lato la possibilità del ricorrente di invocare il *fatto notorio*, e dall'altro il corrispondente dovere del giudice di non ignorarlo. In forza di tali argomenti, la Cassazione richiama una precedente decisione che aveva affermato che le risultanze delle fonti informative aggiornate sul Paese di origine del richiedente la protezione internazionale o umanitaria (le c.d. C.O.I.) costituiscono fatto notorio, proprio in ragione della loro diretta disponibilità da parte della collettività e della loro capillare

diffusione mediante i canali informatici disponibili alla pluralità dei consociati (Cass., sez. 1, ordinanza n. 6280 del 05/03/2020).

Procura alle liti

La Corte di Cassazione, con ordinanza dell'8.7.2020 n. 14346, si sofferma sul tema dei requisiti della procura alla lite, di cui all'art 35-*bis*, co. 13, d.lgs. 25 del 2008. Nella decisione, la Suprema Corte partendo dalla connotazione pubblicistica che la "certificazione" demanda al difensore, precisa che tale "certificazione" rinvia in modo specifico ad un unico soggetto autore della condotta e alla correlativa responsabilità. La stessa, ad avviso della Corte, appare strettamente connessa ad un "modo" predeterminato, scelto dalla legge, di far risultare la posteriorità del mandato rispetto alla comunicazione del decreto, perciò integrando direttamente, accanto ad una funzione di controllo della sottoscrizione e della sua provenienza (e, con essa, della volontà di impugnare, *ex art. 83 c.p.c.*), una speciale potestà asseverativa, di fidefacienza, conferita *ex lege* al difensore abilitato. Da tali premesse consegue l'inammissibilità del ricorso nel quale la procura non indichi la data in cui essa è stata conferita (nello stesso senso, cfr. anche Cass. 19263/2020).

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL PROCEDIMENTO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

La rilevanza nei Paesi di transito. La Libia

La rilevanza dei trattamenti subiti nei Paesi di transito, ed in particolare in Libia, sta emergendo sempre più nella giurisprudenza di legittimità ed in quella di merito, in quanto elemento considerato dall'art. 8 d.lgs. 25/2008 (si vedano le ordinanze della Corte di cassazione n. 29603/2020, n. 2558/2020, n. 1104/2020 nella rubrica del fascicolo 2/2020, oltre all'ordinanza n. 13758/2020, richiamata nella prima parte di questa rubrica). Valorizzazione che assume un particolare rilievo per la protezione umanitaria, così completando quel *largocompasso* nella individuazione dei diritti fondamentali, di cui alle pronunce a Sezioni Unite n. 29459 e 29460 del 2020. Interessanti sono i vari profili considerati dalla Cassazione.

L'ordinanza n. 17747/2020 la Cassazione censura una decisione della Corte d'appello di Messina che, rigettando la domanda di protezione di un richiedente asilo del Togo, ha omesso di valutare, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, le violenze subite in Libia, pur emerse dalle sue dichiarazioni, ritenendo che quanto accaduto nel Paese di transito sia irrilevante nella dovuta comparazione. Ricordando l'autonomia della tutela umanitaria rispetto alla protezione internazionale e la non tipizzazione delle situazioni meritevoli di tutela, la Corte di cassazione valorizza le vulnerabilità indicate nell'art. 19, co. 2-*bis* TU 286/98, tra le quali essere stati vittime di violenze psicologiche, fisiche o sessuali ed il divieto di respingimento o

espulsione verso un Paese in cui vi sia il rischio di compromissione dei diritti umani, per poi affermare che le violenze subite in Libia possono ingenerare nella persona un «forte grado di traumaticità», tale da incidere sulla sua vulnerabilità, rendendo ostativo il rientro nel Paese di origine.

Nell'ordinanza n. 13758/2020 la Corte di cassazione annulla una decisione del Tribunale di Ancona che ha omesso di valutare, sempre ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, il lungo periodo trascorso in Libia da un richiedente asilo del Ghana, in violazione dell'art. 8, co. 3, d.lgs. 25/2008. Secondo la Corte, infatti, l'onere istruttorio del giudice riguarda anche i Paesi di transito, secondo quanto prescritto da detta norma e l'inciso «ove occorra», va inteso «*nel dovere del giudice del merito di prendere comunque in considerazione l'eventualità di procedere all'esame anche della situazione del c.d. Paese di transito*», valutando nello specifico il vissuto del richiedente asilo. Il Giudice di legittimità ritiene che la durata in concreto del soggiorno in un Paese di transito assuma particolare rilievo per l'esame della domanda di protezione, mentre può non essere necessaria per un passaggio di qualche giorno o settimana.

Con decreto 8.7.2020 R.G. 6080/2018 il Tribunale di Catanzaro, sezione specializzata, ha riconosciuto ad un richiedente asilo del Bangladesh (che aveva reiterato la domanda) la protezione umanitaria in ragione sia della povertà che l'aveva costretto a lasciare il Paese nel 2015, sia per il tempo trascorso in Libia, ove aveva raccontato indicibili violenze subite. Il Tribunale ha accertato sulla base di specifiche COI la situazione in Bangladesh ed il tasso elevato di estrema povertà ivi esistente, comparando il rischio del rientro con la positiva integrazione, sociale e lavorativa, raggiunta in Italia. Nel contempo ha svolto accertamenti puntuali e motivati in riferimento al trattamento ed alle violenze inferte ai migranti in Libia, del tutto coerenti con il racconto del richiedente. Significativo il passaggio del decreto ove si esclude, di fatto, l'imprescindibilità, ai fini della credibilità, della certificazione medica delle violenze subite in Libia, stante l'oggettivo riscontro rinvenuto in plurime fonti di informazione. Povertà e trattamento subito in Libia che, secondo il Tribunale calabro, ha determinato una condizione di particolare vulnerabilità meritevole di protezione.

La credibilità nella protezione umanitaria

L'ordinanza n. 12138/2020 della Cassazione ripercorre lo schema argomentativo della pronuncia 8819/2020, riaffermando il principio secondo cui solo per il riconoscimento del rifugio politico e della protezione sussidiaria *ex art. 14, lett. a) e b) d.lgs. 251/2007* non è dovuto il potere officioso del giudice qualora il racconto del richiedente risulti inattendibile secondo i criteri indicati nell'art. 3, co. 5, d.lgs. 251/2007, mentre è *sempre* dovuto per la valutazione della fattispecie di cui alla lett. c) dell'art. 14 e per la protezione umanitaria. Dovere di cooperazione che deve riguardare un puntuale accertamento della situazione nel

Paese di origine attraverso l'analisi di COI aggiornate, la cui attualità deve risultare dalla decisione.

Sempre in tema di credibilità, la Corte di cassazione (ord. n. 11170/2020) ribadisce che la valutazione deve essere effettuata, in generale, sulla base dei criteri legali indicati dall'art. 3, d.lgs. 251/2007, che presuppongono un'attività valutativa discrezionale in cui non c'è spazio per mere opinioni soggettivistiche del giudice. Nello specifico della protezione umanitaria, la Corte censura la decisione della Corte d'appello di Venezia che ha omesso in concreto di valutare comparativamente sia la vulnerabilità del richiedente asilo del Ghana (che ha allegato critiche condizioni di salute), sia l'integrazione lavorativa in Italia, con il suo vissuto in Ghana prima della partenza ed il rischio a cui si troverebbe esposto in caso di rimpatrio.

La protezione umanitaria e la povertà

La Corte di cassazione, con ordinanza 19017/2020, annulla una sentenza della Corte d'appello di Torino che, in relazione alla domanda di protezione di un richiedente asilo del Gambia, ha omesso di effettuare una concreta comparazione tra il livello di integrazione raggiunto in Italia e il rischio di compromissione dei diritti umani in caso di rientro nel Paese di origine. Interessante è la parte dell'ordinanza che censura la pronuncia impugnata ove, con riguardo alla povertà del Paese allegata in giudizio dal richiedente, si limita ad affermare che *«tutta l'Africa è in una condizione di estrema povertà»*, senza svolgere un'effettiva indagine officiosa sull'incidenza che la povertà induce, nello specifico Paese, sulla violazione dei diritti umani al di sotto del loro nucleo essenziale, a cui comparare l'integrazione raggiunta in Italia. Così la Corte: *«All'allegazione della parte relativa alla situazione attuale in Italia ed a quella che conseguirebbe al rientro, deve seguire un'indagine officiosa specificamente rivolta a verificare se, nel Paese di origine, la situazione nella quale verrebbe a trovarsi il ricorrente, in relazione alla sua complessiva condizione soggettiva ed oggettiva, (età, salute, radici relazionali e parentali, condizione personale, appartenenza ad un gruppo sociale, grado d'integrazione sociale e lavorativa raggiunta, etc.) sia idonea a determinare non un mero peggioramento della migliore condizione di vita goduta nel nostro Paese, ma una compressione radicale dei diritti umani correlati al profilo del richiedente, che lo privi della concreta possibilità di condurre un'esistenza coerente con il rispetto della dignità personale»*.

La protezione umanitaria e la pandemia da COVID-19

Il Tribunale di Napoli, con decreto 25.6.2020 RG.23602/2018, dopo avere escluso ogni forma di protezione internazionale per un richiedente asilo del Pakistan, per difetto di credibilità, gli ha riconosciuto la protezione umanitaria in ragione del rischio a cui andrebbe incontro in caso di rientro nel Paese di origine in conseguenza della pandemia da COVID-19 e stante l'inadeguatezza del sistema sanitario ivi esistente. Situazione che il Tribunale partenopeo ha accertato mediante precise fonti di informazione, dalle quali emerge, in

Pakistan, una prevalenza di strutture sanitarie a pagamento ed una esiguità di ospedali pubblici ai quali possano rivolgersi anche coloro che versano in condizione di povertà, come il ricorrente. Comparato quel rischio con la positiva integrazione in Italia, il Tribunale ha riconosciuto la protezione umanitaria.

La Corte d'appello di Bari, con sentenza n. 1208/2020, ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un richiedente asilo del Senegal, che aveva fondato la sua domanda sulla condizione di estrema povertà nel Paese di origine, per la quale era stato costretto a lasciarlo. La Corte ha effettuato una comparazione tra l'ottima integrazione sociale in Italia e la situazione economico-sociale in Senegal, riscontrando in esso un'iniqua distribuzione della ricchezza ed un elevatissimo tasso di disoccupazione, aggravatasi ancora di più a seguito della pandemia mondiale da COVID-19 e resa problematica dalla inadeguatezza del sistema sanitario.

La protezione umanitaria e le ragioni di salute

Il Tribunale di Milano (decreto 21.9.2020 R.G. 14863/2019) ha riconosciuto ad un richiedente asilo della Guinea Conakry la protezione umanitaria dopo avere escluso la sussistenza della protezione internazionale. Tutela riconosciuta pur in assenza di indici di integrazione sociale in Italia ma dando rilievo sia all'età minorile, al momento dell'inizio della migrazione, sia al suo vissuto, sia alla attuale fragilità emotiva e psicologica, dimostrata in giudizio con precise e motivate relazioni psicologiche. Secondo il Tribunale *«Proprio partendo dalla valutazione individuale e comparativa prospettata dalla sentenza di Cassazione n. 4455/2018, sopra richiamata, confrontando la situazione attuale del soggetto in Italia, con le condizioni di vita dello stesso in Guinea Conakry, tenendo in debita considerazione la summenzionata documentazione, è possibile delineare l'esistenza, allo stato attuale, di profili soggettivi di marcata vulnerabilità, che condurrebbero, in caso di rimpatrio, a una compromissione della sua dignità e del suo diritto a un'esistenza libera e dignitosa. L'altalenante attuale condizione emotiva rende infatti il ricorrente un soggetto in uno stato di instabilità e vulnerabilità, che egli si troverebbe ad affrontare, in caso di rientro nel Paese di origine, in completa solitudine ed autonomia, senza l'adeguato supporto al quale, in questo particolare momento, egli ha accesso sul territorio nazionale, tenute in considerazione anche le conseguenze che, allo stato, un nuovo sradicamento e successivo reinserimento in un'altra realtà, dove non troverebbe alcun tipo di supporto, potrebbero su di esso avere»*.

La protezione umanitaria e la violazione dei diritti umani nel Paese di origine

Con decreto 25.6.2020 R.G. 14945/2020 il Tribunale di Milano, dopo avere escluso ad un richiedente asilo egiziano la protezione internazionale (per difetto di individualizzazione e insussistente la violenza indiscriminata), gli ha riconosciuto la protezione umanitaria dopo avere accertato la sistematica violazione in Egitto dei diritti e delle libertà fondamentali, tale

da indurre nel richiedente un concreto rischio di compromissione dei diritti umani. Accertamento giudiziale corredato da specifiche e pertinenti fonti di informazione, ampiamente riportate nella decisione, a cui è stata comparata la condizione attuale del richiedente in Italia, ove vive da più di 10 anni e in cui «*ha sperimentato regole di convivenza del tutto diverse da quelle che si troverebbe ad affrontare una volta rientrato nel proprio Paese*», giungendo a riconoscere il rischio di grave compromissione dei diritti umani in caso di suo rientro nel Paese di origine.

Il permesso umanitario e le condanne penali. La giurisdizione ordinaria

All'esito di un complesso giudizio, svoltosi sia in sede amministrativa che ordinaria, la Corte di cassazione ha esaminato un caso particolare, in cui il questore di Bergamo ha negato il rilascio del permesso di soggiorno umanitario, riconosciuto nel 2016 dal Tribunale di Palermo, perché l'interessato era gravato da precedenti penali. Diniego basato, dunque, sulla ritenuta ostatività delle condanne per determinati reati di cui all'art. 4, co. 3, TU immigrazione d.lgs. 286/98. Dopo che il Tar ha declinato la propria giurisdizione a favore di quella ordinaria, il ricorso è stato riassunto davanti al Tribunale di Bergamo che l'ha rigettato e avverso questa decisione è stato proposto reclamo davanti alla Corte d'appello di Brescia, che l'ha accolto, escludendo che al questore residui alcuna discrezionalità per il rilascio del permesso umanitario ed escludendo, altresì, alcun automatismo ostativo.

La decisione della Corte bresciana è stata impugnata dal Ministero dell'interno ma la Corte di cassazione con ordinanza n. 11147/2020 ha rigettato il ricorso, affermando vari principi. Innanzitutto, la Corte ha escluso che il giudizio, svoltosi con il rito di volontaria giurisdizione di cui all'art. 737 e ss. c.p.c., dovesse essere invece assoggettato al rito di cognizione sommario, *ex art. 702-bis c.p.c.*, irrilevante che il Tar (davanti a cui era stato originariamente impugnato il diniego) avesse indicato questa disposizione processuale nel disporre il rinvio al giudice ordinario. Inoltre, ha affermato che il giudizio afferente il permesso umanitario non rientra tra quelli per i quali il c.d. decreto riti (d.lgs. 150/2011) indica il rito sommario di cognizione, non potendosi nemmeno ritenere che il caso in esame rientri nelle impugnazioni di cui all'art. 35 d.lgs. 251/2007.

Quanto alla ostatività delle condanne penali al rilascio del permesso umanitario, la Cassazione esclude che, una volta riconosciuta la protezione umanitaria, al questore residui alcun margine discrezionale: *«al questore non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari e tanto in coerenza con il rilievo che la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost. e dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e, pertanto, non è degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può pertanto rimettersi solo l'accertamento dei presupposti di fatto legittimanti la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e*

delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato al legislatore (Cass. SU n. 19393 del 9.9.2009; Cass. SU n. 5059 del 28.2.2017; Cass. SU n. 30658 del 27.11.2018)».

Precisa, inoltre, la Corte che comunque il giudizio di pericolosità sociale non può essere assunto in maniera automatica in conseguenza delle condanne penali.

Infine, riconferma la giurisdizione ordinaria in materia di protezione umanitaria, compreso il rilascio del relativo titolo di soggiorno.

QUESTIONI PROCEDIMENTALI E DIRITTI CIVILI: IL PERMESSO DI SOGGIORNO UMANITARIO E LA SUA CONVERSIONE

Irretroattività della riforma di cui al d.l. n. 113/2018

Con sentenza n. 2912/2020 il Consiglio di Stato ha annullato un provvedimento del questore di Milano (e la decisione di rigetto del ricorso opposto dal Tar Milano) di rifiuto di conversione del permesso umanitario in permesso per lavoro, in forza di un parere negativo della Commissione territoriale.

Il giudice d'appello ribadisce, innanzitutto, la giurisdizione amministrativa in materia di conversione del permesso umanitario in lavoro, essendo fattispecie estranea all'art. 19-ter d.lgs. 150/2011.

Nel merito, censura il diniego questorile ritenendo che l'art. 1, co. 8 d.l. n. 113/2018, nel prevedere il rinnovo del permesso umanitario in permesso per protezione speciale, fa comunque salvi i casi di conversione, in tal modo rendendo alternative le due fattispecie: *«l'art. 1, co. 8, dell'appena citato d.l. n. 113 del 2018, disposizione da applicarsi propriamente al caso di specie, non preclude allo straniero, che pure abbia richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari nel nuovo permesso per protezione speciale, di richiedere contestualmente o anche successivamente la conversione di detto permesso di soggiorno in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, ove ne sussistano i presupposti».*

Pertanto, il parere negativo emesso dalla Commissione territoriale per il rilascio del permesso per protezione speciale non impedisce che il questore debba esaminare anche la richiesta di conversione, a fronte di dimostrata attività lavorativa nelle more della validità dell'originario permesso umanitario. Il Consiglio di Stato richiama anche la giurisprudenza della Cassazione sulla irretroattività della riforma di cui al d.l. n. 113/2018 sui permessi umanitari precedentemente rilasciati.

I presupposti della conversione

Il Tar Lombardia, Milano, con sentenza n. 203/2020, ha accolto il ricorso proposto da un cittadino straniero titolare di permesso umanitario, più volte rinnovato e con titolo di viaggio rilasciatogli, al quale la questura di Milano aveva negato la conversione in permesso per lavoro senza adottare un provvedimento scritto. Conversione che è stata chiesta nel maggio 2019

(dunque dopo la riforma recata dal d.l. n. 113/2018), a cui la questura non aveva inteso dar corso volendo, invece, rilasciare un permesso per “casi speciali”, come previsto dall’art. 1, co. 9, d.l. 113/2018 e chiedendo la produzione del passaporto in una nota invita all’associazione a cui il cittadino straniero si era rivolto. Il Tar richiama l’obbligo di assumere entro 60 gg. il provvedimento in relazione alla domanda di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, come previsto dall’art. 5, co. 9, TU d.lgs. 286/98. Provvedimento che va assunto in forma scritta e motivata, irrilevante le note epistolari prive di analogo valore. Per questi motivi il Tar ha *«dichiarato l’obbligo dell’Amministrazione resistente di adottare un provvedimento espresso, secondo le valutazioni di competenza, nel termine di giorni trenta (30) dalla comunicazione della presente sentenza, o dalla notificazione a cura di parte se anteriore, sia in relazione all’istanza di conversione del permesso di soggiorno sia quanto all’istanza di rilascio di un utile titolo di viaggio»*.

Il Tar Emilia Romagna, Bologna (sentenza n. 40/2020) ha invece rigettato il ricorso proposto da un titolare di permesso di soggiorno umanitario, a cui il questore di Rimini aveva negato la conversione per mancanza di passaporto (nonostante la giustificazione addotta dall’interessato della impossibilità attuale di avere il certificato di nascita propedeutico al rilascio del passaporto) nonché per mancanza di attività lavorativa al momento della richiesta.

Il Tar non affronta la questione del passaporto ma rigetta il ricorso per mancata dimostrazione dell’attività lavorativa, in quanto la conversione presuppone che siano sussistenti i presupposti per lo specifico permesso di soggiorno, ovverosia l’attività lavorativa. Secondo il giudice regionale emiliano non è possibile la conversione del permesso umanitario in “attesa occupazione”, di cui all’art. 22, co. 11, TU d.lgs. 286/98, perché presuppone che vi sia stata antecedentemente attività lavorativa.

I PROVVEDIMENTI *ex* REGOLAMENTO n. 604/2013 DUBLINO III

Con ordinanza n. 17963/2020 la Corte di cassazione ha esaminato il ricorso proposto da un richiedente asilo, destinatario di un provvedimento di rinvio verso la Germania *ex* Regolamento n. 604/2013, a cui il Tribunale di Trieste aveva rigettato l’impugnazione ritenendo irrilevante la violazione del diritto di informazione previsto dagli artt. 4 e 5 di detto Regolamento. Secondo il Giudice di legittimità, che ha annullato la decisione triestina, tali obblighi (informazione scritta e colloquio personale) sono essenziali ed imprescindibili per la legittimità della decisione di rinvio in altro Paese e sono immediatamente precettive, con carattere tassativo, perché stabilite direttamente dal Regolamento n. 604.

La Cassazione richiama la giurisprudenza amministrativa formatasi nel regime previgente la riforma del 2017, evidenziando che gli obblighi di fornire informazioni scritte ed il colloquio personale non si pongono tra loro in alternatività, ma devono essere entrambi assolti

concretamente, irrilevante qualsiasi altra conoscenza assunta al di fuori di essi e tantomeno invocabile la presunzione di conoscenza. Vengono, dunque, censurati i richiami del giudice giuliano ai principi secondo i quali i vizi formali del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale non incidono sul dovere dell'autorità giudiziaria di esaminare nel merito la domanda, in quanto principi posti a garanzia del diritto del richiedente asilo e non a suo sfavore ed in quanto i doveri del Regolamento n. 604 costituiscono «una informativa non strettamente limitata al contenuto dei singoli atti del procedimento, ma comprendente tutti i diritti e le prerogative del richiedente asilo, tanto con riferimento allo svolgersi del procedimento, quanto in relazione alla sua capacità di orientarne l'esito, fornendo all'autorità informazioni rilevanti ai fini della determinazione dello Stato competente all'esame della sua domanda di protezione internazionale».

Solo un'informazione effettiva, pertanto, può condurre ad una decisione effettivamente motivata, con cui si dispone o meno il rinvio del richiedente asilo verso lo Stato astrattamente competente alla sua domanda di asilo. Il principio di diritto affermato nella ordinanza in esame è, dunque, questo: «*Nei confronti dello straniero sottoposto a procedimento di trasferimento presso altro Stato membro dell'Unione europea che sia competente ad esaminare la sua domanda di protezione internazionale vanno sempre assicurate le specifiche garanzie informative e partecipative previste dagli artt. 4 e 5 del Regolamento UE 604/2013, che sono finalizzate ad assicurare l'effettività dell'informazione e l'uniformità della stessa, e del trattamento del procedimento di trasferimento, in tutto il territorio dell'Unione europea. Ne consegue la nullità del provvedimento di trasferimento adottato all'esito di un procedimento in cui non siano state rispettate le prescrizioni di cui ai richiamati artt. 4 e 5 del Regolamento UE 604/2013, senza che possa darsi rilievo all'eventuale conoscenza aliunde conseguita dallo straniero circa le sue garanzie e prerogative in relazione al procedimento di cui si discute. Non rileva, ai fini della nullità del provvedimento finale, la mancata allegazione o dimostrazione, da parte dell'interessato, di uno specifico vulnus al suo diritto di azione e difesa in giudizio, poiché il rispetto delle prescrizioni del Regolamento UE 604/2013, alla luce delle superiori esigenze di assicurazione del trattamento uniforme della procedura di trasferimento in tutto il territorio dell'Unione europea che le ispirano, è rimesso alla buona prassi delle autorità degli Stati membri e non può essere condizionato dalle modalità con cui, in concreto, i singoli interessati reagiscono rispetto alle eventuali violazioni della predetta normativa eurounitaria*». Per analoghe decisioni che censurano la violazione degli obblighi informativi nei provvedimenti di rinvio c.d. Dublino, si vedano le precedenti *Rassegne*, in particolare nel fascicolo 1/2020, che richiamano anche decisioni assunte dalla giustizia amministrativa.

LE MISURE DI ACCOGLIENZA

Con due sentenze rese a poca distanza l'una dall'altra (n. 4582/2020 e n. 4948/2020) il Consiglio di Stato interviene sulla questione della cessazione delle misure di accoglienza nel

SIPROIMI per il titolare di protezione umanitaria, nel regime successivo alla riforma di cui al d.l. 113/2018 (che ha escluso dal sistema SIPROIMI i richiedenti asilo ed anche i titolari del permesso umanitario).

Dopo una ricostruzione del sistema di accoglienza, il giudice amministrativo di secondo grado, esclude che il titolare di permesso umanitario possa aspirare ad entrare e/o a rimanere nel sistema di accoglienza c.d. di secondo livello dopo la riforma al d.lgs. 142/2015 operata dal d.l. n. 113/2018. Precisa l'Alto consesso che trattasi di «cessazione di effetti, ex art. 14, co. 4, d.lgs. n. 142/2018, per il raggiungimento dello scopo voluto dal Legislatore, ovvero assicurare l'accoglienza per il tempo necessario all'esame della domanda di protezione internazionale, e non, invece, di revoca ai sensi dell'art. 23, per le ipotesi tipizzate di violazioni gravi, abbandono del Centro, mancata presentazione all'audizione davanti all'organo di esame della domanda, etc.», che non richiede nemmeno la comunicazione dell'avvio del procedimento (ex art. 7, l. 241/90 e s.m.), perché delle modalità e dei presupposti dell'accoglienza il richiedente asilo è informato all'inizio della procedura amministrativa per il riconoscimento della protezione internazionale (art. 3, d.lgs. 142/2015).

Decisioni che paiono applicare formalmente le nuove previsioni normative del 2018, senza farsi carico della questione dell'applicazione retroattiva, o meno, delle stesse e/o della loro legittimità costituzionale, di cui invece si occupa il Tar per il Lazio, con l'ordinanza cautelare n. 4529/2020, con cui è stato sospeso il provvedimento di rifiuto di inserimento nel SIPROIMI di titolare di protezione umanitaria vulnerabile, con ordine alla prefettura di riesaminare la domanda, trattandosi di richiesta formulata prima dell'entrata in vigore della riforma del 2018. L'ordinanza cautelare del Tar Lazio richiama l'ordinanza n. 172/2020 del Tar Marche, che ha rinviato alla Corte costituzionale per sospetta illegittimità delle nuove previsioni se applicate retroattivamente al richiedente asilo che ha chiesto l'inserimento nello SRAR (poi SIPROMI) precedentemente alla riforma del d.l. n. 113/2018.

Sempre in relazione al diniego o alla cessazione delle misure di accoglienza per i titolari di protezione umanitaria, a seguito dell'entrata in vigore della riforma di cui al d.l. n. 113/2018, è intervenuto anche il Tar Puglia, Lecce, con sentenza n. 678/2020, che ha annullato la decisione del Servizio centrale del SIPROMI di rifiuto di inserimento nella struttura di secondo livello ad un titolare di protezione umanitaria per effetto della suddetta riforma. Il Tar pugliese richiama la decisione della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 29460/2020, che ha dichiarato l'irretroattività della abrogazione della protezione umanitaria nei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale iniziati prima della riforma del 5 ottobre 2018, e ricorda la natura dichiarativa e non costitutiva (anche) della protezione umanitaria, arrivando alla conclusione che le misure di accoglienza afferiscono alla medesima condizione giuridica sorta prima della riforma del 2018 e dunque inapplicabile. Il Tar evidenzia che, diversamente opinando, il tempo impiegato per il riconoscimento della protezione

internazionale in base a domanda inoltrata dal richiedente asilo prima della riforma «*si ritorcerebbe ingiustamente in danno dello stesso, in evidente violazione dei principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di uguaglianza sostanziale (artt. 24 e 3 Cost.)*». Vengono richiamate analoghe pronunce di altri Tar (cfr., *ex plurimis*, Tar Toscana, 12.5.2020, n. 564; Tar Brescia, 11.6.2020, n. 443; Tar Venezia, 20.12.2019, n. 1395) che danno rilievo alla data di presentazione della domanda di protezione internazionale e non alla data di richiesta di inserimento nel sistema SIPROIMI, ponendosi il Tar Lecce in esplicito dissenso.

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Tra i provvedimenti adottati nel secondo quadrimestre dell'anno in corso (maggio-agosto 2020), sia pure con qualche eccezione per quelli emessi nel precedente mese di aprile, si segnalano, sotto un profilo negativo, un parere invero singolare (e ampiamente censurabile) del Consiglio di Stato in tema di acquisto della cittadinanza per matrimonio; sotto un profilo decisamente positivo, due decisioni del Tar Lazio, dirette ad escludere l'incidenza di alcuni specifici requisiti, prescritti ai fini dell'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, a favore dei soggetti disabili e dei titolari di protezione sussidiaria. Ad esse si aggiunge una sentenza di legittimità relativa alla prestazione del giuramento di fedeltà alla Repubblica purché sia mantenuta l'originaria residenza in Italia. Non mancano ulteriori pronunce sul riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avi paterni, anche in riferimento agli Stati preunitari, nonché relative all'accertamento dell'apolidia.

Nell'ambito di queste ultime, si segnala una decisione che, nel dichiarare l'apolidia della madre, ne constata simultaneamente la cittadinanza della figlia, nata in Italia da padre ignoto.

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato alla fine del 1800. Facoltà di rinuncia a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza originaria. Suo mancato esercizio. Effetti. Art. 11 cod. civ. 1865 e art. 8 l. 13.6.1912. Conservazione dello *status civitatis* italiano. Accertamento giurisdizionale della cittadinanza per ritardo nell'attività delle autorità consolari. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai figli. c) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da capostipite suddito del Regno di Sardegna. Successione del Regno d'Italia e corrispondenti effetti in materia di attribuzione della cittadinanza italiana. Irrilevanza della situazione di emigrato all'estero. Successiva trasmissione della cittadinanza a figlia maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai figli

Successivamente ad un provvedimento già segnalato su questo tema (*Trib. Roma, ord. 25.2.2020*, in questa *Rassegna*, fasc. 2/2020), il Tribunale di Roma ha avuto modo di tornare ancora sugli effetti, in capo agli avi di cittadini italiani emigrati alla fine dell'Ottocento in Brasile, di due provvedimenti di naturalizzazione "forzata" (e spesso inconsapevole da parte dei destinatari) emessi dal Governo locale. In una prima pronuncia (*Trib. Roma, ord.*

23.4.2020, in *Banca dati De Jure*), per molti aspetti simile a quella sopra citata ma che è opportuno qui recuperare, i giudici contestano anzitutto al Ministero resistente, che si opponeva al riconoscimento della cittadinanza italiana ai discendenti di un cittadino emigrato, l'applicabilità dell'art. 3 del d.p.r. 18 aprile 1994 n. 362, il quale sanciva il termine di 730 giorni quale termine per la definizione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza per matrimonio o per naturalizzazione, elevato poi a quattro anni ad opera del nuovo art. 9-ter della legge sulla cittadinanza. Senza soffermarsi sul diverso ambito di applicazione rispetto alla fattispecie di (semplice) riconoscimento qui in esame, il Tribunale esclude la configurabilità di tale termine come condizione di procedibilità, proponibilità o ammissibilità della domanda dei ricorrenti, a causa dell'assenza di una previsione legislativa in tal senso e alla luce del diritto di agire sancito dall'art. 24 Cost.

Nel merito vengono sostanzialmente riprese le considerazioni svolte nell'ordinanza di febbraio sopra ricordata, in riferimento al carattere coercitivo della concessione della cittadinanza brasiliana e alla giustificabile mancanza di consapevolezza, da parte degli interessati, della relativa facoltà di rinuncia entro sei mesi dall'entrata in vigore del primo decreto del 1889. Da qui scaturisce la conclusione circa la conservazione dello *status civitatis* italiano originario. A sostegno di questa interpretazione viene richiamata la risalente sentenza della Corte di cassazione di Napoli 5 ottobre 1907. Viene così ancora una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 8 della legge (peraltro successiva) n. 555/1912 che, in mancanza di espressa rinuncia allo *status civitatis* straniero "imposto dall'alto", prevedeva la perdita della cittadinanza italiana. Meno convincente appare il richiamo all'art. 11 cod. civ. 1865, di diverso contenuto, spesso confuso con l'art. 11 disp. prel. al medesimo codice.

In ogni caso, i ricorrenti avevano esibito un certificato di mancata naturalizzazione dell'avo redatto dal Governo brasiliano, il quale non era stato contestato dal Ministero dell'interno. Di fronte all'ipotesi circa la mancanza di interesse ad agire davanti al giudice italiano, il Tribunale giustamente oppone la constatazione dell'ormai ben noto endemico ritardo nell'evasione di tali pratiche da parte del Consolato italiano di Curitiba e alla evidente esigenza di dichiarare con effetto immediato il possesso della cittadinanza italiana in capo agli attori.

Di contenuto sostanzialmente analogo, ma con una motivazione più succinta (e un più corretto richiamo all'art. 11 cod. civ. 1865) risulta una successiva decisione del medesimo Tribunale (*Trib. Roma, ord. 25.5.2020, in Banca dati DeJure*).

Va poi menzionata una ulteriore pronuncia (*Trib. Roma, ord. 1.9.2020 n. 11818, in Banca dati DeJure*), la quale – sempre in tema di riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis* – riprende le consuete motivazioni circa il diritto a tale riconoscimento per i discendenti da cittadine italiane le quali avevano perduto il loro *status civitatis* originario a causa dell'automatico acquisto di una cittadinanza straniera per matrimonio. Facendo leva sugli altrettanto consueti richiami alle due sentenze costituzionali n. 87/1975 e n. 30/1983 e a quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 4466/2009 viene riconosciuta anche la c.d. trasmissibilità di tale *status* originario ai figli.

Infine, ancora più risalente, rispetto alla pronuncia esaminata per prima, appare la sequenza nella trasmissione della cittadinanza, quale risultava in un ulteriore caso deciso anch'esso dal medesimo Tribunale (*Trib. Roma, ord. 10.6.2020 n. 8352, in Banca dati DeJure*): il capostipite, anch'egli emigrato all'estero, era infatti suddito del regno di Sardegna per nascita ai sensi dell'art. 19 dello Statuto albertino. Pertanto, alla luce della successione del Regno d'Italia al Regno di Sardegna e in base all'art. 4 cod. civ. del 1865 e in seguito all'art. 1 della l. 555/1912, nemmeno i quali prevedevano la perdita delle rispettive cittadinanze per i cittadini emigrati all'estero, si è giunti alla trasmissione della cittadinanza ad una figlia che aveva perso la cittadinanza italiana a causa dell'acquisto automatico di quella del marito. Le due sentenze costituzionali e la sentenza della Corte di cassazione citate a proposito della decisione precedentemente analizzata hanno prodotto anche in questo caso l'annullamento di tale perdita e i conseguenti effetti a favore della cittadinanza dei figli. Del resto, analoghe fattispecie erano già state esaminate in passato dal medesimo Tribunale: cfr. ad esempio *Trib. Roma, sent. 13.4.2017*, in questa *Rassegna*, fasc. 2/2017.

Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Rigetto della domanda da parte del prefetto per pretesa sussistenza di comprovati motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. Precedenti penali a carico del marito della richiedente. Competenza esclusiva del Ministero dell'interno per la valutazione dei suddetti motivi. Mancato parere conforme del Consiglio di Stato. Vizio di incompetenza del provvedimento prefettizio. b) Acquisto della cittadinanza da parte di cittadino straniero residente all'estero. Rifiuto dell'Ambasciata italiana di consegnare il provvedimento ministeriale di attribuzione e di procedere al giuramento a causa del divorzio dei coniugi intervenuto nel frattempo. Riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in tema di acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio. Competenza del giudice ordinario sul conseguente ricorso della richiedente. c) Acquisto della cittadinanza da parte di cittadino straniero residente all'estero. Richiesta da parte dell'Ambasciata italiana di un certificato penale redatto dall'autorità straniera. Mancata esibizione. Rigetto della domanda. Ampiezza della valutazione discrezionale della P.A. nell'ambito del suddetto procedimento di acquisto

Riguardo al peculiare modo di acquisto della cittadinanza per matrimonio spiccano tre provvedimenti dei giudici amministrativi che affrontano talvolta questioni piuttosto inconsuete. Costituisce anzitutto l'oggetto di un orientamento consolidato (cfr. la precedente *Rassegna*, nel fasc. 2/2020) la decisione relativa al ricorso presentato da una cittadina straniera nei confronti della quale il prefetto aveva comunicato di respingere la relativa domanda a causa di pregresse condanne penali del marito, ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. c): dunque, alla luce di (pretesi) comprovati motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. In una puntuale pronuncia (*Tar Puglia, sez. II, sent. 5.5.2020 n. 507*), i giudici muovono anzitutto dall'affermazione della loro competenza secondo i consueti canoni del riparto di giurisdizione in questa materia, trattandosi appunto di vagliare un'impugnazione attinente a una situazione che ha consistenza di interesse

legittimo. Nel merito, nessuna indagine viene svolta circa una sorta di contiguità della moglie con le attività criminose del marito. Assume rilievo assorbente il richiamo all'art. 8 della legge sulla cittadinanza, il quale, oltre a indicare come competente al rigetto dell'istanza per i suddetti motivi il Ministro dell'interno, esige in tal caso il parere conforme del Consiglio di Stato, del tutto assente nella fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici. Viene altresì opportunamente richiamata la direttiva del medesimo Ministero 7 marzo 2012, con la quale è stato delegato ai prefetti territorialmente competenti il potere di respingere l'istanza limitatamente alla sussistenza delle condanne penali di cui alle lett. a) e b) del citato art. 6 della l. 91/1992; ed espressamente esclusa una simile delega nell'ipotesi qui in esame. Da qui l'annullamento dell'atto prefettizio.

Non così consueto risulta invece il caso giunto alla decisione del Consiglio di Stato (*Cons. St., sez. III, sent. 22.7.2020 n. 4677*), il quale traeva origine dalla richiesta – e il conseguente provvedimento di acquisto – della cittadinanza italiana da parte di una cittadina straniera residente all'estero. Tuttavia, era sopraggiunto il rifiuto, da parte dell'Ambasciata italiana territorialmente competente, di consegnare all'interessata il provvedimento ministeriale di attribuzione del nuovo *status civitatis* e di procedere al giuramento, avendo constatato che i due coniugi avevano nel frattempo divorziato.

Sulla base di motivazioni ineccepibili e più volte ribadite in tema di riparto della giurisdizione, i giudici di Palazzo Spada respingono l'appello dell'interessata contro la sentenza del Tar che aveva declinato la propria competenza in materia. In effetti, viene confermato, in omaggio ad un orientamento consolidato della Sezione, che l'unica causa preclusiva demandata alla valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione è quella contemplata dall'art. 6 co. 1, lett. c) della l. 5.2.1992 n. 91, ossia i «comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica». Soltanto in tale evenienza, la situazione di diritto soggettivo, quale scaturisce dalle diverse cause previste dalle lett. a) e b) del medesimo articolo, risulta affievolita ad interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

Infine, ad una fattispecie in parte analoga alle precedenti si riferisce il Consiglio di Stato, chiamato in questa occasione a rendere un parere in materia (*Cons. St., sez. I, parere 5.8.2020 n. 1387*). Il Console generale d'Italia a Londra aveva notificato infatti ad una cittadina straniera ivi residente un proprio decreto di diniego della “concessione” della cittadinanza italiana per matrimonio, fondato sulla mancata esibizione, da parte di quest'ultima, di un certificato britannico sull'assenza di condanne penali che le era stato espressamente richiesto. Nel suddetto parere (oggetto di un futuro e più approfondito commento) viene anzitutto – curiosamente – respinta l'eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione formulata dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione nella scia di quei criteri di riparto di giurisdizione più volte ricordati. Ed ancor più curiosamente, anche rispetto agli orientamenti altrettanto spesso qui evidenziati del medesimo Consiglio di Stato, si insiste pervicacemente su

un preteso carattere oltremodo discrezionale della valutazione dei motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica.

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rigetto a causa di precedenti penali e della loro omessa dichiarazione. b) Rigetto a causa di contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza nazionale. c) Apprezzamento di opportunità sullo stabile inserimento del soggetto nella comunità nazionale, anche sotto il profilo indiziario. d) Criterio relativo all'adeguatezza del reddito. Parametri di valutazione. Situazione di disabilità. Necessità di parametri differenti e di una compiuta indagine su altri elementi di valutazione. e) Dispensa dall'esibizione dei certificati da ottenere, ai fini dell'istanza di concessione della cittadinanza, dalle autorità del proprio Stato di origine. Parificazione del titolare di protezione sussidiaria al rifugiato. f) Decreto di conferimento della cittadinanza. Necessaria prestazione del giuramento di fedeltà alla Repubblica. Individuo detenuto in carcere cui è stato revocato il permesso di soggiorno. Mancanza della residenza legale in Italia. Rifiuto dell'ufficiale di stato civile di raccogliere il giuramento

La giurisprudenza, in prevalenza amministrativa, cui spetta di vagliare la fondatezza dei provvedimenti di rifiuto di concessione della cittadinanza italiana nell'ambito dei procedimenti di naturalizzazione *ex art. 9, co. 1, lett. f della l. 91/1992* mostra in tale settore la conferma di orientamenti ben saldi.

In effetti, in una serie di pronunce a tale riguardo il giudice amministrativo ha respinto i relativi ricorsi approvando il suddetto rifiuto motivato dalla esistenza di una condanna penale e dall'omessa dichiarazione di questa da parte dell'istante (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 5.5.2020 n. 4701*) così come, pur in assenza di condanne penali, dalla contiguità a movimenti che mettono in pericolo la sicurezza nazionale emersa dall'attività informativa, cui si aggiunge la mancata collaborazione dell'istante medesimo a fornire elementi volti a confutare tale valutazione, pur a seguito di richiesta da parte della Pubblica Amministrazione (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 1.7.2020 n. 7546*). Viene altresì ribadita la legittimità dell'apprezzamento di opportunità spettante al Ministero dell'interno circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulla base di un complesso di circostanze, atte a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, sotto il profilo delle condizioni lavorative, economiche, familiari e di irreprensibilità della condotta (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 5.5.2020 n. 4701 è già linkata nella pagina precedente*); del resto, occorre anche valutare preventivamente le prospettive di ottimale inserimento del soggetto interessato anche sotto il profilo indiziario, poiché la residenza nel territorio per il periodo minimo di dieci anni è solo (ovviamente) un presupposto per proporre la domanda per il riconoscimento della cittadinanza italiana (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 25.6.2020 n. 7129*).

Inoltre, sono state più volte qui riportate decisioni nelle quali l'adeguatezza del reddito in base a parametri prefissati costituiva oggetto di esame sotto diversi profili. Ad un profilo inusuale è stata invece rivolta di recente l'attenzione dei giudici amministrativi (*Tar Lazio, sez. I-ter,*

sent. 7.7.2020 n. 7846). Si trattava infatti di valutare la congruità e dunque l'applicabilità dei parametri suddetti nei confronti di un soggetto disabile, le cui gravi patologie ne avevano comportato l'interdizione, il riconoscimento dell'invalidità permanente totale e l'inabilità lavorativa, con necessità di assistenza continua. A causa di tali infermità, il cittadino straniero percepiva una indennità di accompagnamento, ovviamente inferiore ai parametri di cui sopra, che gli aveva precluso la concessione della cittadinanza italiana.

Il Tribunale censura tale rifiuto sulla base di molteplici motivi. Anzitutto, quello del carattere "convenzionale" dei parametri suddetti come adottati dall'Amministrazione. Rilevano poi in modo particolare i richiami agli artt. 2 e 3 co. 2, in riferimento agli artt. 38 e 53, della Costituzione ed alla correlata sentenza costituzionale 7.12.2017 n. 258 in materia di protezione dall'invalidità, anche nella scia della (celebre) precedente sentenza n. 120/1967 (sull'estensione del principio di eguaglianza agli stranieri). Da tutto ciò consegue la suddetta censura all'atteggiamento del Ministero, il quale mostra da un lato di aver applicato in modo automatico il parametro reddituale, dall'altro di non aver tenuto conto di una serie di altri elementi, quali la sussistenza di ulteriori redditi, la fornitura di vitto e alloggio da parte della comunità di affidamento, l'integrazione del ricorrente nella realtà sociale di riferimento, l'assenza di condanne, e così via. Tali elementi dovranno essere considerati nella successiva indagine per la concessione della cittadinanza.

Dal canto suo, anche l'autorità giudiziaria ordinaria ha riconosciuto l'esigenza di una lettura più aperta delle norme che sottendono i molteplici requisiti necessari per l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione: tra questi, l'esibizione dell'estratto dell'atto di nascita e quello relativo all'assenza di procedimenti penali, come prevede l'art. 1 del d.p.r. 362/1994, evidentemente da richiedersi alle autorità dello Stato di origine. Di fronte al concreto pericolo di trattamenti sanzionatori da parte di queste ultime il Ministero dell'interno ha previsto la dispensa da tale esibizione e la sostituzione con atti di notorietà a favore degli stranieri riconosciuti dal Governo come rifugiati politici (circolare n. K.60.1 del 23.12.1994).

Al termine di una dettagliata pronuncia, nella quale è stata evocata la disciplina in tema di immigrazione con specifico riferimento agli atti di persecuzione subiti o suscettibili di essere subiti dallo straniero immigrato nonché l'art. 3 della CEDU sul divieto di torture o pene o trattamenti inumani o degradanti, i giudici catanesi (*Trib. Catania, ord. 28.4.2020, in Banca dati DeJure*) hanno esteso la suddetta dispensa a un cittadino eritreo titolare di protezione sussidiaria. È stato comunque chiarito che – a differenza di quanto disposto per i rifugiati – la concreta situazione di pericolo cui l'individuo è esposto nel contatto con le autorità del Paese di origine deve costituire oggetto di specifica allegazione e dimostrazione per il soggetto al quale è stata riconosciuta la protezione sussidiaria, stante la differenza dei presupposti tra i due istituti.

Merita infine di essere segnalata una pronuncia del Supremo Collegio in tema di giuramento di fedeltà alla Repubblica, di cui all'art. 10 della l. 91/1992 (*Cass., sez. I, sent. 7.9.2020*). La controversia sottoposta all'esame del Collegio traeva origine da un ricorso contro il rifiuto

dell'ufficiale di stato civile di ricevere tale giuramento in mancanza del requisito della residenza legale in Italia. In effetti, l'individuo in causa aveva ottenuto il decreto di conferimento della cittadinanza italiana mentre era detenuto in un carcere italiano; la relativa condanna era stata accompagnata dalla revoca del permesso di soggiorno e dalla conseguente privazione del requisito della residenza legale. Da tale carenza era derivato, da parte dell'ufficiale di stato civile territorialmente competente, il rifiuto di ricevere la prestazione del giuramento; tale rifiuto veniva successivamente condiviso sia dal Tribunale sia dalla Corte di Appello competenti.

Anche la Suprema Corte dichiara non fondata l'impugnazione del provvedimento adottato da quest'ultima. Dopo aver premesso che il procedimento di naturalizzazione ha natura complessa a formazione progressiva ed è caratterizzato da una scansione in più fasi distinte, l'ultima delle quali concerne appunto il giuramento, la Corte evoca sia gli artt. 10 e 15 della legge sulla cittadinanza sia l'art. 4, co. 7 del d.p.r. 572/1993 sia infine l'art. 7 del regolamento dello stato civile (d.p.r. 396/2000) rilevando come dal dettato d'insieme di queste norme si ricavi che il decreto di conferimento della cittadinanza acquista efficacia, *ex nunc*, solo con la prestazione del giuramento. Questa affermazione si salda poi con il necessario permanere del requisito relativo alla residenza legale, prescritto dall'art. 4, co. 7 citato, dato che si tratta di una disposizione esplicativa dei due articoli della l. 91/1992. D'altro canto, il controllo sulla residenza dell'interessato, esercitato dall'ufficiale dello stato civile, consiste in un'attività vincolata e specifica, pur se produttiva di effetti giuridici riguardo allo *status* della persona. Tale controllo investe il mero riscontro oggettivo della corrispondenza tra la situazione giuridica del naturalizzando esistente alla data del giuramento e quella accertata nel decreto di naturalizzazione. La Corte conclude severamente ritenendo che nessun effetto può essere attribuito, nel caso di specie, alla successiva concessione di un permesso di soggiorno per motivi familiari, in quanto sopraggiunto in epoca posteriore al periodo di sei mesi, previsto per la prestazione del giuramento.

Accertamento dell'apolidia

Permane incessante il flusso delle richieste di accertamento in via giudiziaria dello *status* di apolide. Le motivazioni alla base dell'accoglimento di tali richieste all'autorità giudiziaria ordinaria, in necessario contraddittorio con il Ministero dell'interno, sono sostanzialmente analoghe, in quanto fondate sulla preliminare verifica della propria competenza (ovvero, della rispettiva Sezione specializzata) ai sensi dell'art. 19-*bis* del d.lgs. 150/2011 e dell'art. 3, co. 2 del d.l. 13/2017, conv. nella l. 46/2017, sul richiamo di tale procedimento in alternativa a quello previsto in via amministrativa dall'art. 17 del d.p.r. 12.10.1993, n. 572, e sull'applicabilità della Convenzione sullo statuto degli apolidi del 28.9.1954, in particolare dell'art. 1.

Le differenze muovono dall'esame della situazione specifica del singolo istante che postula sia una analisi delle allegazioni da lui fornite sia una ricognizione delle norme sulla cittadinanza

degli Stati con i quali egli è entrato in contatto al fine di escludere l'acquisizione del rispettivo *status civitatis*. Nel periodo qui considerato il suddetto esame risulta prevalentemente effettuato nei confronti di individui provenienti da Paesi africani.

In particolare, è stato considerato il caso di un individuo proveniente originariamente dal Sudan, orfano di padre sconosciuto, dunque nell'impossibilità di ottenere la relativa cittadinanza e con una pregressa "vita errabonda" all'interno del continente africano (*Trib. Brescia, ord. 9.5.2020*). La relativa indagine ha comportato la restrizione al Ghana e al Sudan del numero dei Paesi suscettibili di aver attribuito la cittadinanza all'attore, ma si è conclusa con esito negativo. Da segnalare, oltre all'ampia citazione di un *leading case* in materia, ovvero della sentenza della Corte di cassazione 24.11.2017 n. 28153 (esaminata in questa *Rassegna*, fasc. 2/2018), la presa di posizione del Tribunale sulla irrilevanza dei comportamenti, anche penalmente rilevanti, ai fini dell'accertamento dell'apolidia.

Nel medesimo solco si inscrivono altri due provvedimenti di contenuto analogo. Nel primo (*Trib. Torino, ord. 4.6.2020*) sono stati identificati quali "Stati di prossimità" ovvero "di collegamento" la Costa d'Avorio e il Mali giungendo ad escludere, al termine dell'esame delle relative norme, il possesso delle rispettive cittadinanze. Nel secondo (*Trib. Firenze, ord. 22.7.2020*) si è arrivati al medesimo esito nei confronti di Giordania e Iraq.

Maggiormente frastagliato e in parte diverso si presentava il caso sottoposto al giudice emiliano competente (*Trib. Bologna, ord. 13.9.2020*). Si trattava infatti di un ex cittadino eritreo, il quale era stato costretto a rinunciare a tale cittadinanza al fine di ottenere il congedo dal servizio militare, in quanto esso si rivelava nei fatti a tempo indefinito. Ne è seguita una verifica sulla impossibilità di riacquistare tale *status* secondo la legge eritrea e sulla mancanza di cittadinanza italiana, in quanto destinatario di norme o di provvedimenti ministeriali di contenuto egualmente negativo al riguardo.

Sicuramente innovativa risulta infine una ulteriore decisione del giudice di Brescia nella quale all'accertamento dell'apolidia della madre consegue il riconoscimento della cittadinanza italiana a favore della figlia, nata in Italia (*Trib. Brescia, ord. 15.7.2020*). In particolare, il caso riguardava una donna di origini kosovare, nata anch'essa in Italia nel 1997, la quale non aveva esercitato, in quanto inconsapevole di tale facoltà, l'opzione a favore dell'acquisto della cittadinanza italiana al raggiungimento della maggiore età *ex art. 4, co. 2 della l. 91/1992*. Questo dato può destare stupore in quanto l'art. 33 del d.l. 69/2013 (c.d. decreto "del fare") prevede l'obbligo per gli ufficiali dello stato civile di avvisare in tal senso gli interessati e, in mancanza, tale diritto può essere esercitato anche oltre tale data. In ogni caso, di fronte alla precisa richiesta di apolidia dell'attrice il Tribunale ha compiuto una minuziosa indagine sulla cittadinanza dei genitori, ex cittadini serbi, concludendo che in nessun modo quest'ultima potesse vantare il possesso di qualsiasi *status civitatis*, dato che non era provata l'apolidia dei suoi genitori al momento della sua nascita in Italia. Da qui la dichiarazione di accertamento dell'apolidia. Tuttavia, poiché nel 2019 era nata in Italia una figlia della medesima attrice da

padre ignoto (e madre, appunto, apolide), il giudice ha successivamente riconosciuto la cittadinanza italiana di quest'ultima ai sensi art. 1, co. 1, lett. b) della l. 91/1992.

GIULIA PERIN, MASSIMO PASTORE

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Ricongiungimento del genitore del rifugiato: prova del legame familiare e della vivenza a carico

Con la sentenza del 18.6.2020, n. 2975 (in *Banca dati DeJure*), la Corte d'appello di Roma ha avuto modo di enunciare alcuni principi importanti in materia di mezzi per provare il legame familiare e la vivenza a carico del genitore, ai fini del ricongiungimento dello stesso con un rifugiato.

La Corte ha in primo luogo individuato la fonte normativa rilevante, in relazione a tale specifica questione, nel secondo comma dell'art. 29-bis del d.lgs. 25.07.1998, n. 286, che espressamente prevede che *«qualora un rifugiato non possa fornire documenti ufficiali che provino i suoi vincoli familiari, in ragione del suo status, ovvero della mancanza di un'autorità riconosciuta o della presunta inaffidabilità dei documenti rilasciati dall'autorità locale [...], le Rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, [...], sulla base delle verifiche ritenute necessarie effettuate a spese degli interessati. Può essere fatto ricorso, altresì, ad altri mezzi atti a provare l'esistenza del vincolo familiare, tra cui elementi tratti da documenti rilasciati dagli organismi internazionali ritenuti idonei dal Ministero degli affari esteri. Il rigetto della domanda non può essere motivato unicamente dall'assenza di documenti probatori»*.

Nella fattispecie decisa, il richiedente aveva dedotto che la propria madre, cittadina somala, viveva da anni in un campo profughi in Kenya ed era gravemente malata. La prova del vincolo di filiazione era stata data con l'esame del DNA. Quanto alla prova dell'assenza di altri familiari che potessero occuparsi della madre, essendo quest'ultima impossibilitata a produrre un certificato di famiglia o i certificati di morte dei familiari, la madre era ricorsa ad un'autocertificazione resa davanti ad un notaio di Nairobi e timbrata dall'Ambasciata di Somalia in cui la donna dichiarava che, a seguito del decesso degli altri familiari, il ricorrente era il suo unico figlio.

Secondo la Corte d'appello, in difetto di accertamenti di segno contrario, doveva ritenersi che le dichiarazioni fossero veritiere, ben potendo l'Amministrazione svolgere – anche in corso di giudizio – le indagini necessarie per esaminare l'effettiva corrispondenza al vero di quanto dichiarato.

Per i giudici della Corte del merito, in assenza di contestazione di veridicità, l'Amministrazione non poteva rigettare la richiesta di ricongiungimento, sulla sola base della impossibilità di utilizzare autodichiarazioni quali mezzi di prova; ne doveva conseguire la condanna dell'Ambasciata al rilascio del visto di ingresso a favore della madre del ricorrente.

A margine di questa interessante pronuncia, due osservazioni possono essere effettuate.

In primo luogo, si osserva che, a differenza dell'ordinamento italiano, altri ordinamenti, come quello somalo, riconoscono agli *affidavit* (cioè alle dichiarazioni giurate dell'interessato) un valore giuridico non diverso dalle certificazioni e spesso la prova di determinati fatti può legalmente essere fornita solo tramite tali atti. Questa considerazione che tiene conto della diversità degli ordinamenti giuridici si ritiene importante ai fini della valutazione della sufficienza della prova.

In secondo luogo – ed è questo il principio affermato dal giudice del merito – nel caso in cui si verta in un'ipotesi di ricongiungimento di rifugiati, l'onere probatorio dello straniero deve ritenersi molto attenuato, dal momento che non solo può essere dedotta qualsiasi genere di prova, ma ai sensi del sopra richiamato comma 2 dell'art. 29-*bis*, «*il rigetto della domanda non può essere motivato unicamente dall'assenza di documenti probatori*».

Ciò impone un elevato onere di cooperazione sia sull'autorità amministrativa che su quella giudiziaria, chiamate a rendere effettivo l'esercizio del diritto all'unità familiare dei rifugiati.

Prova della vivenza a carico del genitore resa in corso di causa; rilevanza delle presunzioni ai fini della prova della vivenza a carico

Con la sentenza del 17.6.2020, n. 2912, la Corte di appello di Roma si è pronunciata sempre sul tema della prova della vivenza a carico del genitore.

Anche in quel caso, il ricorrente, titolare di permesso di soggiorno per protezione sussidiaria, si era visto negare il diritto al ricongiungimento con la madre dall'Ambasciata italiana a Nairobi sulla base del rilievo che sarebbe mancata la prova «*che il familiare residente in Italia*» fosse «*l'unica fonte di sostegno finanziario, e che tale sostegno fosse continuo e prolungato*».

Il ricorso dello straniero era stato accolto dal Tribunale di Roma, con ordinanza impugnata dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale. Nel proprio atto di appello, il Ministero deduceva che erroneamente il Tribunale avrebbe dato valore ad alcune dichiarazioni sull'onore e ai documenti attestanti quattro versamenti economici effettuati dal ricorrente in favore della madre. Invero, per l'Amministrazione, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, le prime non rivestirebbero alcun valore probatorio mentre i secondi non assicurerebbero alcuno grado di certezza quanto al requisito in esame.

Nel rigettare l'appello, la Corte territoriale dichiara di non condividere l'assunto dell'Amministrazione secondo cui le rimesse in denaro, tutte successive al provvedimento di diniego del visto da parte dell'Ambasciata italiana, non sarebbero idonee, in mancanza di ulteriori riscontri probatori, a dimostrare il requisito della vivenza a carico del familiare da ricongiungere, per non essere stato adeguatamente provato che il genitore non fosse economicamente autosufficiente e che visse a carico dell'appellante.

Secondo i giudici di appello, due argomentazioni si opporrebbero alle censure del Ministero.

Da un lato, dal momento che l'accertamento richiesto al Tribunale riguardava la sussistenza di un diritto soggettivo al momento della decisione, e non la regolarità del provvedimento dell'Amministrazione, lo straniero aveva diritto a provare il diritto fatto valere in giudizio

anche con documenti formati successivamente al diniego di visto, quali le rimesse in denaro. Correttamente dunque il giudice di primo grado aveva deciso la controversia sulla base di documenti formati successivamente all'instaurazione del giudizio, rilevando il carattere successivo della prova fornita solo in relazione alla questione delle spese di giudizio.

Quanto all'idoneità delle rimesse a provare la vivenza a carico, la Corte rilevava che oltre a tali documenti, la decisione del Tribunale era stata fondata anche su ulteriori elementi, di natura indiziaria, quali lo stato di vedovanza della madre del ricorrente, la sua precaria condizione di salute, il minore costo della vita nel Paese ove viveva l'interessata, tutti elementi non espressamente contestati in primo grado dall'Amministrazione.

Venivano poi in rilievo fatti notori in relazione alla scarsità delle occasioni di lavoro in Somalia, a maggior ragione per una vedova anziana, sola e affetta da patologia cardiaca, con la conseguenza che era presumibile che la donna non potesse procurarsi alcun reddito.

Alla luce di tali considerazioni, dovendo ritenersi adeguatamente provata per presunzioni la sussistenza dei requisiti per il ricongiungimento familiare, sarebbe spettato all'Amministrazione che contestava la circostanza offrire la prova contraria.

Nel caso di specie, ciò non era avvenuto, *«pur essendo la competente Ambasciata munita di tutti i necessari strumenti per effettuare le necessarie verifiche»*.

Per tale ragione, l'appello viene rigettato, con conferma del diritto al ricongiungimento familiare con la madre dello straniero appellato.

Rilievo della presenza di un figlio con cui lo straniero intrattiene rapporti, ai fini della decisione sulla legittimità dell'espulsione

Nell'impugnare il decreto di espulsione di cui era stato destinatario, all'esito del rigetto da parte del questore dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, uno straniero deduceva, da un lato, di convivere stabilmente con una cittadina straniera, dall'altro, di intrattenere una relazione stabile con il figlio avuto da una precedente relazione.

Il Giudice di pace aveva ritenuto infondati gli argomenti dedotti dal ricorrente, che aveva impugnato il provvedimento di rigetto avanti la Corte di cassazione.

Con la sentenza del 19.6.2020, n. 11955, la Corte di Cassazione prende posizione su entrambe le situazioni familiari dedotte dallo straniero, di convivenza e di relazione con un figlio.

Quanto alla convivenza, i Giudici di legittimità osservavano che la convivenza *more uxorio* non rientra normalmente tra le situazioni tutelabili, in forza dell'esigenza di "certezza" dei rapporti giuridici. Tale principio, in alcuni casi, meriterebbe di essere rimeditato, come fatto dalla medesima Corte in un caso in cui dalla convivenza erano nati dei figli (Cassazione 8889/2019).

Nel caso concreto, però, il figlio minore era convivente con la madre dalla quale il ricorrente si era separato: pertanto, correttamente il Giudice di pace non aveva dato rilievo alla dedotta convivenza. La decisione impugnata doveva invece ritenersi errata in relazione alla circostanza che non era stato riconosciuto alcun rilievo al rapporto che lo straniero espulso intratteneva con il figlio, rapporto di cui il ricorrente aveva fornito numerose prove.

Secondo i Giudici di legittimità, il diritto all'unità familiare impone al giudice di «*di dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di dette relazioni (rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni) oltre che delle difficoltà conseguenti all'espulsione, dalle quali possa derivare la definitiva compromissione della relazione affettiva*».

In relazione al caso concreto, la Corte rileva come «*la distanza tra il Paese di origine del ricorrente e il luogo di residenza del bambino rappresenta un elemento che ricadrebbe pesantemente sulla possibilità di mantenere in vita il rapporto tra padre e figlio*».

I Giudici di legittimità ricordano che la decisione, anche alla luce dell'art. 8 CEDU, deve essere ispirata alla «*piena adesione ai principi costituzionali e sovranazionali in materia di tutela della genitorialità e, correlativamente, del diritto del minore a non perdere la relazione affettiva con il genitore non convivente che, pur resa difficile dalla lontananza, contiene potenzialità che si evolvono durante il percorso di crescita e che l'ordinamento, anche sovranazionale, tutela*».

MINORI

Art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998: i figli minori della coppia di stranieri già presenti in Italia si presumono vulnerabili e quindi meritevoli di tutela

Con la sentenza dell'1.9.2020, n. 18188, la Corte di Cassazione ha deciso il ricorso di una coppia di cittadini albanesi che avevano visto rigettare nei due gradi di merito l'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione al soggiorno *ex art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998* in relazione ai propri figli di sei e quattro anni.

Secondo il giudice d'appello, non vi erano i presupposti per rilasciare la speciale autorizzazione prevista dall'art. 31, da un lato, perché le esigenze rappresentate non erano temporanee, ma inquadabili in «*una situazione di tendenziale stabilità*», dall'altro, perché faceva difetto qualsiasi condizione personale (di salute o altro genere) che imponesse la permanenza in Italia, anziché il rientro in Albania.

La Corte di cassazione ritiene che nessuno dei due argomenti richiamati dal giudice del merito sia di per sé sufficiente per escludere la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 31, co. 3.

In primo luogo, quanto alla circostanza che le motivazioni dedotte non avrebbero carattere temporaneo, i Giudici di legittimità osservano che tale fatto non era ostativo al rilascio dell'autorizzazione, che avrebbe potuto essere rilasciata per un tempo determinato, con successivo riesame della situazione familiare e della condizione dei minori coinvolti.

In secondo luogo, se era vero che in caso di speciale autorizzazione all'ingresso, la stessa era subordinata alla puntuale allegazione e dimostrazione della sussistenza dei gravi motivi per lo sviluppo psicofisico del minore richiesti dalla norma, lo stesso non valeva nella diversa ipotesi in cui il nucleo sia già presente sul territorio nazionale. In tal caso, infatti, «*si deve presumere, fino a prova contraria, un radicamento del minore nel suo ambiente nativo, per cui i gravi motivi possono essere collegati all'alterazione di tale ambiente, che consegue, alternativamente,*

alla perdita della vicinanza con la figura genitoriale, ovvero dal repentino trasferimento in altro contesto territoriale e sociale».

La Corte ricorda come, dalla complessiva elaborazione giurisprudenziale in sede di legittimità, si ricava che il giudice di merito è tenuto ad eseguire un bilanciamento in concreto, nell'ambito del quale va dato valore preminente – ancorché non assoluto – alle esigenze del minore.

Nel caso concreto, tale bilanciamento sarebbe stato del tutto omesso, non avendo il giudice del merito tenuto conto del principio secondo cui *«l'età del minore assume un rilievo presuntivo decrescente con l'aumentare della stessa»*, con la conseguenza che *«in presenza di un minore in età prescolare la sussistenza del grave danno, alternativamente derivante dalla sua separazione dai genitori naturali o dal suo sradicamento e trasferimento insieme ad essi nel Paese d'origine, va presunta fino a prova contraria»*.

Dopo avere dato atto della presunzione di vulnerabilità, legata alla condizione di minorenni e a quella specifica di minore in età prescolare, il giudice avrebbe dovuto effettuare un'operazione di bilanciamento sulla scorta del principio – elaborato dalla Suprema Corte in materia di protezione sussidiaria e di protezione umanitaria, ma da estendersi anche al diritto del minore alla stabilità dei legami familiari fondamentali – della cosiddetta *«comparazione attenuata»* che impone un peculiare bilanciamento tra la condizione personale della persona interessata e la situazione che deriverebbe dal suo eventuale rimpatrio. In base a tale criterio, per i Giudici di legittimità, *«va ritenuta, sino a prova contraria, la prevalenza della condizione di vulnerabilità del minore rispetto alle norme regolanti il diritto di ingresso e di soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, e va quindi dato primario rilievo al danno che deriverebbe sulla persona del minore e sulle sue aspettative di vita in Italia, per effetto del rimpatrio in un contesto socio-territoriale con il quale il minore stesso non abbia in concreto alcun rapporto»*.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del secondo quadrimestre del 2020 si segnalano anzitutto due decisioni della Corte costituzionale.

La sent. 31.7.2020, n. 186 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 1-*bis* del d.lg. n. 142/2015 come introdotto dall'art. 13, co. 1, lett. a), num. 2 del d.l. n. 113 del 2018 che precludeva l'iscrizione anagrafica ai richiedenti asilo.

L'ord. 30.7.2020, n. 182 ha disposto di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: se l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'art. 3, par. 1, lett. b) e j), del reg. (CE) n. 883/2004, (relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale), richiamato dall'art. 12, par. 1, lett. e) della dir. 2011/98/UE (relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico), e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Buoni spesa

I Tribunali di Nola e di Napoli hanno ribadito che, nel rispetto del principio di non discriminazione e della tutela di diritti umani fondamentali, gli enti locali devono fissare condizioni di accesso ai buoni spesa alimentari (di cui all'ordinanza 658 del 29.3.2020 per far fronte all'emergenza Covid 19 quale forma di solidarietà alimentare ai soggetti più vulnerabili) basate esclusivamente sulla condizione di disagio economico e sul domicilio (e non sulla residenza) nel territorio comunale (decreti emessi rispettivamente il 14 ed il 25 maggio 2020, in *Banca dati Asgi*).

Il TAR Abruzzo, in relazione ai buoni spesa distribuiti dal Comune dell'Aquila (in applicazione dell'OCPC n. 658/2020), ha affermato il diritto alla loro percezione per il ricorrente che si trovi stabilmente nel territorio di un Comune già prima dell'inizio dell'emergenza epidemiologica pur non avendovi trasferito la residenza perché in siffatta situazione non avrebbe in ogni caso potuto chiederli, né utilizzarli, presso il Comune di effettiva residenza essendo giuridicamente impossibilitato a raggiungere tale luogo per il divieto di allontanamento imposto proprio a seguito della emergenza Covid-19 (sent. 11.5.2020, n. 178, in *Banca dati Asgi*).

Contributo per permesso di soggiorno

Appartiene alla giurisdizione ordinaria la causa volta ad accertare la discriminazione posta in essere dal Ministero dell'Interno consistente nell'imporre al cittadino straniero il pagamento di contributi per ottenere/rinnovare il permesso di soggiorno di lungo periodo in misura eccessiva e comunque tale da introdurre una differenza di trattamento con i cittadini italiani a cui si dà la possibilità di godere dei propri diritti corrispondendo dei contributi in maniera proporzionata. Nel sottolineare la competenza del giudice ordinario la Corte di Appello di Brescia ha evidenziato che, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, non si trattava di decidere circa la restituzione di parte di un tributo, bensì in merito ad un comportamento della pubblica amministrazione suscettibile di produrre una disparità di trattamento fra cittadino italiano e straniero per prestazioni di analogo contenuto. Pertanto la vertenza non rientrava nella giurisdizione della Commissione Tributaria come statuito dal Tribunale di Brescia (sent. 31.7.2020, n. 283, in *Banca dati Asgi*).

Indennità di maternità di base

Il Tribunale di Alessandria ha affermato la natura discriminatoria della condotta tenuta dal Comune di Alessandria consistente nell'aver negato il diritto alla indennità di maternità di base ex art. 74, d.lgs. 151/01 alla madre, di cittadinanza extra UE coniugata con cittadino italiano, che al momento della domanda era formalmente residente in Italia anche se non lo era alla nascita del bambino. Il Tribunale ha, altresì, evidenziato che l'assegno spettava comunque alla ricorrente in quanto familiare di cittadino UE, essendo tutelata dall'art. 19, co. 4, d.lgs. 30/07, anche se non aveva ancora ottenuto la carta di soggiorno di familiare extra UE di cittadino UE, perché si trovava comunque nelle condizioni sostanziali per avere diritto a tale permesso (ord.18.7.2020, in *Banca dati Asgi*).

Bonus bebè

La Corte di Appello di Firenze respinge l'appello dell'INPS contro la sentenza del Tribunale di Firenze che aveva dichiarato il carattere discriminatorio della condotta dell'Ente previdenziale per aver negato l'assegno di natalità di cui all'art. 1, co. 125 della l. n. 190/2014 a un cittadino albanese, in quanto questi non era titolare di un permesso a tempo indeterminato o di carta di soggiorno. Il giudice di secondo grado sulla base della pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 80, co. 19 della l. n. 388/2000, sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito all'art. 14 della CEDU e sulla base della normativa dell'Unione (art. 21 CDFUE e reg. CE 883/2004 in riferimento alla dir. 2011/98/CE), conferma la disapplicazione della norma interna che richiederebbe la titolarità di un permesso di lungo termine per accedere al beneficio (sent. 12.5.2020, n. 180 in *Banca dati Asgi*).

Assegno di invalidità

Il Tribunale di Arezzo ha accertato la sussistenza del diritto a percepire l'assegno di invalidità da parte di un cittadino extra UE in possesso del permesso di soggiorno per cure mediche della durata di sei mesi, trattandosi di titolo di soggiorno non occasionale o di breve durata secondo l'accezione resa dalla stessa normativa nazionale di cui all'art. 4, co. 4 TU che qualifica soggiorni di breve durata quelli inferiori a tre mesi. La provvidenza dell'assegno di invalidità non può quindi essere vincolata – in ossequio anche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 187/2010 – ad un permesso di soggiorno di durata almeno annuale, come invece asseriva l'INPS richiamando l'art. 41 TU (sent. 23.6.2020, n. 122, in *Banca dati Asgi*).

Il possesso di un immobile all'estero e l'accesso all'edilizia residenziale pubblica

Il Tribunale di Milano (ord. 27.7.2020, in *Banca dati Asgi*) ha ritenuto discriminatorio il requisito richiesto dal regolamento regionale lombardo 31.7.2017 n. X/7004 nella parte in cui richiede per l'accesso al sistema abitativo pubblico per lo straniero titolare del permesso di protezione internazionale o del permesso umanitario l'assenza di titolarità di diritti di proprietà o di altri diritti reali di godimento su beni immobili adeguati alle esigenze del nucleo familiare, ubicati anche all'estero, in quanto, ad avviso del Tribunale, appare del tutto irrilevante la presenza di un immobile in un paese di provenienza nel quale il titolare di detto bene mai potrebbe tornare e mai potrebbe trarre un'utilità comparabile.

Il medesimo requisito risulta discriminatorio anche per gli stranieri diversi dai titolari di protezione, tenuto conto che il regolamento regionale prevede come criterio per valutare l'«adeguatezza» il riferimento alla sola metratura e tenuto conto che molti stranieri non possono dimostrare suddetto requisito, dato che moltissimi paesi non dispongono di un sistema catastale adeguato ad indicare la proprietà e le dimensioni della casa.

Risulta, infine, discriminatorio il richiamo alle disposizioni del d.p.r. n. 445/00 che consentono una dichiarazione sostitutiva «limitatamente agli stati, alle qualità personali e ai fatti certificabili o attestabili da parte di soggetti pubblici italiani» con riferimento alla proprietà di alloggi adeguati, in quanto l'attestazione della situazione di impossidenza all'estero si traduce in un ostacolo alla graduatoria e all'assegnazione dell'alloggio per i soli cittadini stranieri, tenuto anche conto del fatto che ai cittadini italiani è data la possibilità di documentarla mediante semplice dichiarazione sostitutiva.

Discriminazione per ragioni di provenienza geografica ovvero di nazionalità

La Corte di Appello di Genova, con sentenza del 26 agosto 2020, ha confermato la pronuncia del Tribunale di Genova ed ha ritenuto discriminatorie le ordinanze sindacali (emesse rispettivamente dal Comune di Alassio e di Carcare) con le quali si vincolava la possibilità di dimora all'interno del Comune di persone provenienti da paesi dell'area africana, asiatica e sud americana alla presentazione di un certificato attestante la negatività da malattie infettive trasmissibili, correlando automaticamente l'insorgere di malattie infettive all'origine etnica e

alla provenienza geografica dei soggetti e dunque in violazione degli artt. 2 e 43 TU. I giudici, dopo aver evidenziato che nel periodo in cui erano state emanate le ordinanze sindacali (2015 e 2016) la situazione sanitaria ed epidemiologica in Italia e nel mondo era molto diversa da quella attuale a seguito dell'emergere a fine 2019 della pandemia di Covid 19, e che non vi era alcun fenomeno di emergenza sanitaria in Italia e nel mondo – con l'unica eccezione per il virus Ebola in relazione al quale rimanevano solo due focolai attivi in Guinea (finito nel dicembre 2015) e Sierra Leone (finito nella primavera del 2016) –, hanno sottolineato che le malattie infettive portate a giustificazione nelle due ordinanze erano limitate a due soli paesi in Africa (Ebola) o erano presenti comunque in Italia ed in Europa da decenni (HIV) o da secoli (scabbia, tubercolosi). Ad avviso della Corte di Appello non vi era pertanto alcuna ragione sanitaria per discriminare persone provenienti dall'Africa senza distinzione di nazione, dall'Asia e dal Sud America e che i due Comuni appellanti non avevano comunque dimostrato che esistessero ragioni sanitarie per prevedere un controllo sanitario per coloro che erano senza fissa dimora in Italia, né che in questa categoria dei senza fissa dimora vi fossero ragioni sanitarie per discriminare persone provenienti da Africa, Asia e Sud America rispetto a persone provenienti da altre zone di Italia, dal resto dell'Europa e dal Nord America (sent. 26/8/2020, n. 806, in *Banca dati Asgi*).

Destinazione dei proventi della gestione del patrimonio della Riserva Fondi UNRRA

Il Tribunale di Milano, con ord. del luglio 2020, ha affermato che la direttiva del Ministero dell'Interno del 10 aprile 2019 ed il conseguente avviso pubblico emanato il 12 giugno 2019 costituiscono discriminazione per motivi di nazionalità nella parte in cui prevedevano, con riferimento all'anno 2019, che i proventi della gestione del patrimonio della Riserva Fondi UNRRA (*United Nations Relief and Rehabilitation Administration*), pari ad € 1.800.000,00, fossero destinati con carattere prioritario a progetti socio-assistenziali aventi come destinatari cittadini italiani in condizione di marginalità sociale, anziché essere estesa anche ai soggetti ad essi equiparati anche ai sensi dell'art. 41 del TU e, cioè, agli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché ai minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno (ord. 28.7.2020, in *Banca dati Asgi*).

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

Il caso Vos Thalassa

La prima decisione che segnaliamo all'attenzione dei lettori è la sentenza di secondo grado nella vicenda nota sui media come «il caso Vos Thalassa», di cui conviene ora fare una rapidissima sintesi. Il rimorchiatore Vos Thalassa, battente bandiera italiana e adibito alle attività di supporto di una piattaforma petrolifera libica, comunica l'8 luglio 2018 alle competenti autorità italiane (MRCC: Centro nazionale di coordinamento del soccorso marittimo) di avere soccorso più di 60 migranti presenti a bordo di un piccolo natante in legno in procinto di affondare; la comunicazione viene inoltrata dal MRCC alle autorità libiche, che non forniscono tuttavia alcuna risposta. In mancanza di attivazione da parte libica, il MRCC di Roma invita in un primo momento il comandante della Vos Thalassa a fare rotta verso Lampedusa. In seguito, tuttavia, il comandante chiama nuovamente le autorità italiane, riferendo di essere stato contattato dalla Guardia costiera libica (GCL), che gli ha ordinato di dirigere l'imbarcazione verso le coste africane, al fine di effettuare il trasbordo dei migranti su una motovedetta libica. La nave si dirige allora verso sud, in direzione del punto di incontro indicato dalle autorità libiche, ma dopo poche miglia la situazione si fa difficile. Uno dei migranti si accorge infatti che la nave ha cambiato rotta e si sta dirigendo verso le coste libiche, e tale circostanza fa sorgere uno stato di grande agitazione tra i migranti, che si rivolgono in modo minaccioso ai membri dell'equipaggio presenti sul ponte, chiedendo loro di fare rotta verso l'Italia e non riportarli in Libia. I due imputati, in particolare, si pongono a capo della protesta, e con contegni anche fisicamente aggressivi esprimono l'assoluta contrarietà di tutti i migranti presenti sulla nave al ritorno in Libia. Il comandante segnala la situazione di pericolo alle autorità italiane, chiedendo l'invio di un'unità militare che possa garantire la sicurezza dell'equipaggio; dopo momenti di grande tensione, l'MRCC si determina infine ad inviare sul posto un'unità navale della Guardia costiera, che prende a bordo i migranti e li porta in Italia. La sentenza di primo grado, ritenuto che le condotte ascritte agli imputati fossero risultate provate in sede istruttoria, aveva affermato che esse integrassero gli estremi oggettivi e soggettivi dei reati contestati dall'accusa (agli imputati erano contestati i reati di violenza o minaccia e di resistenza a pubblico ufficiale, e del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: artt. 336 e 337 c.p. e art. 12 d.lgs. 286/98), ma aveva assolto gli imputati ritenendo ad essi applicabile la scriminante della legittima difesa, sul presupposto che essi avessero agito per tutelare il proprio diritto a non venire rinviiati in un Paese, la Libia, ove sarebbero stati esposti al concreto pericolo di violenze e trattamenti inumani o degradanti (diritto di *non refoulement*, secondo la terminologia del diritto internazionale dei diritti umani). Vedi nota di Carol Ruggiero su questa *Rivista*, n. 1/2020.

La sentenza della Corte d'appello di Palermo 3.6.2020 - dep. 24.6.2020 è giunta ad esiti opposti, affermando la penale responsabilità di entrambi gli imputati per tutti i reati contestati. Accolta, in quanto sostanzialmente pacifica, la ricostruzione del fatto operata dal giudice di *prime cure*, il diverso esito del giudizio dipende dalla opposta ricostruzione circa il ricorrere nel caso di specie di tutti gli elementi costitutivi della legittima difesa, alla cui analisi è dedicata la gran parte della motivazione della sentenza d'appello.

Il primo elemento su cui la sentenza si sofferma è la sussistenza del requisito di un «diritto proprio o altrui», alla cui tutela la difesa deve essere indirizzata per poter rilevare ai sensi della norma di cui all'art. 52 c.p. La Corte d'appello rammenta anzitutto che «mentre il primo giudice ha ritenuto che il ricovero in un porto sicuro e vicino fonda un vero e proprio diritto della persona del migrante soccorso, il P.M. ha viceversa opinato nel senso che l'obbligo del non respingimento costituisce una regola di condotta imposta agli stati operanti e non anche un diritto della persona». La sentenza non condivide l'impostazione del P.M., che nega al *non refoulement* carattere di diritto della persona, in quanto «in linea di massima, se esiste un principio regolatore di condotta, peraltro formulato in una delicata materia quale quelle dei soccorsi in mare e del diritto di asilo, non può non corrispondere ad esso uno speculare diritto della persona ad avere assicurato rifugio in un porto sicuro». La sentenza però non prende neppure chiaramente posizione a sostegno della tesi del giudice di primo grado, che non aveva avuto incertezze nel riconoscere natura di diritto fondamentale al *non refoulement*, e sembra voler mantenere un profilo ambiguo sul punto. A proposito della tesi del P.M., infatti, la Corte conclude in modo tutt'altro che perentorio che «da prospettiva in senso dicotomico tra diritto (del migrante) e principio regolatore (per lo Stato che soccorre) appare eccessivamente rigida e probabilmente mal posta». Quanto poi alla tesi della sentenza di primo grado, la Corte mostra dubbi quanto alla sua effettiva fondatezza, ma decide «per ragioni di economia processuale» di non prendere posizione sul punto, ipotizzando come fondata la tesi del primo grado (le considerazioni del GUP sul punto vengono peraltro definite in modo non proprio adesivo «articolate e dottrinali discettazioni»), semplicemente perché, anche accogliendo la prospettazione come del *non refoulement* come vero e proprio diritto soggettivo, sussisterebbero ragioni che impediscono comunque il riconoscimento della legittima difesa. Si legge infatti nella sentenza: «Semmai, occorrerebbe verificare se le articolate e dottrinali discettazioni esposte dal giudice di primo grado a sostegno della tesi di un diritto al ricovero immediatamente tutelabile da parte del migrante soccorso in mare, siano corrette sotto il profilo esegetico o meno. Ma, per ragioni di economia processuale, ritenendosi comunque assorbente il difetto dei presupposti applicativi della legittima difesa, ci si limiterà ad affrontare tale aspetto; e, dunque, operando una sorta di prova di resistenza, accedendo in via incidentale alle valutazioni operate dal GUP in ordine alla esistenza di un diritto soggettivo del migrante al ricovero».

L'elemento stimato decisivo dalla Corte d'appello per negare l'applicabilità dell'art. 52 c.p. è quello della non volontaria causazione da parte dell'agente del pericolo rispetto cui si orienta

la condotta difensiva. I giudici palermitani ricordano (senza peraltro citare alcun precedente specifico) il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità per cui «la determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per difetto del requisito della necessità della difesa». Nel caso di specie, tale requisito risulta insussistente: è il passaggio centrale della motivazione, e vale la pena leggerlo testualmente:

«Nessun dubbio può serbarsi sul fatto che i migranti si siano posti in stato di pericolo volontariamente, sia avendo pianificato una traversata in condizioni di estremo pericolo, sia avendo poi chiesto i soccorsi al fine di essere recuperati da natanti di salvataggio (...) Venne dunque posta in essere una condotta da parte dell'organizzazione criminale che organizzò il viaggio, pienamente accettata dai migranti, per cui venne creata artificialmente una situazione di necessità (la partenza su un barcone in legno stipato di persone e chiaramente inadatto alla traversata del Canale di Sicilia) atta a stimolare un intervento di supporto, che conducesse all'approdo dei clandestini ed al perseguimento del fine dell'organizzazione criminale; e, dunque, ad assicurare lo sbarco dei migranti in suolo italiano. In sostanza, l'azione di salvataggio cui procedette in prima battuta l'equipaggio del rimorchiatore Vos Thalassa, non può essere considerata isolatamente rispetto alla condotta pregressa, che volutamente ha creato lo stato di necessità, proprio perché si tratta di una condizione di pericolo intenzionalmente causata dai trafficanti e dai migranti, che si ricollega alla ragionevole speranza che questi ultimi fossero condotti sulle coste europee, sotto la protezione dell'azione di salvataggio».

Le conclusioni della Corte sono perentorie: non si configura la legittima difesa, in quanto le condotte violente contestate ai due imputati «non sono state poste in essere per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo di un'offesa ingiusta, bensì come atto finale di una condotta delittuosa, studiata in anticipo e che correva il rischio (per i migranti) di non essere portata a termine a causa dall'adempimento da parte della Vos Thalassa di un ordine impartito da uno Stato sovrano che aveva la competenza sulla zona SAR ove vennero messi in atto i soccorsi».

A conforto della conclusione così raggiunta, la Corte chiama in causa ragioni di «ragionevolezza dell'ordinamento giuridico», arrivando addirittura a definire «in qualche modo criminogena» l'interpretazione della legittima difesa fornita da parte del GUP. «D'altra parte, sarebbe davvero in contrasto con i principi di ragionevolezza dell'ordine giuridico e persino in qualche modo criminogena, una interpretazione dei principi regolatori della causa di giustificazione della legittima difesa, applicata al diritto del mare, che consentisse ai migranti di azione sempre e comunque comportamenti obiettivamente illeciti nei confronti di equipaggi marittimi che non assecondassero la loro volontà di raggiungere le coste europee, peraltro in situazioni di pericolo intenzionalmente causate; o la cui causazione sia da loro volontariamente accettata».

Esaurita la parte in diritto, la Corte ritorna sugli elementi probatori da cui emergerebbe la particolare gravità della condotta contestata ai due imputati, che impedisce anche il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, e giustifica le pesanti pene inflitte (scontata la diminuzione per il rito abbreviato, la condanna è per ciascun imputato alla pena della reclusione per 3 anni e 6 mesi e 52.000 euro di multa).

Sui fatti accaduti nel campo di Zawia (Libia)

Accanto ad una sentenza, come quella appena analizzata, che mette in discussione la gravità della situazione in Libia, dichiarando illegittima la reazione dei migranti che si erano opposti al loro rimpatrio verso tale Paese, merita di essere segnalata una decisione che invece attesta ancora una volta le atrocità che vengono perpetrate ai danni dei migranti nei campi libici. Con la sentenza 28.5.2020, dep. 25.8.2020, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Messina ha condannato a venti anni di reclusione tre carcerieri – di 23, 27 e 25 anni – per il reato di associazione per delinquere (art. 416 co. 2, 5 e 6) e, in concorso tra loro *ex art.* 110 c.p., per i reati di tortura (art. 613-*bis*) e sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) posti in essere nei confronti dei migranti rinchiusi in Libia nel campo di Zawia, città della Tripolitania a 50 chilometri dalla capitale.

La vicenda trae origine dalle indagini svolte dalla Procura di Agrigento dopo che il 5 e il 7 luglio 2019 erano sbarcate a Lampedusa cinquantanove persone in precedenza soccorse nella zona SAR italiana dalla barca a vela *Alex & co. di Mediterranea Saving Humans*. Nell'ambito delle attività investigative miranti ad individuare tra i migranti soccorsi gli eventuali "scafisti", molti dei soggetti sentiti riferiscono le drammatiche condizioni di detenzione nel campo di Zawia, ove i migranti venivano trattenuti in attesa della partenza alla volta dell'Italia. La sentenza riporta in particolare le dichiarazioni di sei persone: tre uomini camerunensi, un uomo del Ghana e una coppia (di cui non viene specificata la nazionalità). I loro racconti sono concordi nel descrivere le atroci violenze cui sono stati sottoposti durante la loro detenzione in Libia, e nell'individuare i tre imputati (riconosciuti tra le foto di coloro che erano sbarcati a Lampedusa nei giorni immediatamente precedenti e successivi) come i loro torturatori, assieme a molti altri con cui gli stessi collaboravano.

Dopo la nota vicenda milanese nota come *caso Mattamud*, con la condanna all'ergastolo in primo e secondo grado di un cittadino somalo riconosciuto autore di violenze e omicidi nel campo libico di Bani Walid (cfr. la nota alla sentenza di secondo grado di G. Mentasti su questa *Rivista*, n. 1/2020), la sentenza qui annotata rappresenta un altro, importante tassello nella ricostruzione in sede giudiziaria della disperata situazione in cui si trovano i migranti nei campi di detenzione libici. Terrore e violenze di ogni tipo sono all'ordine del giorno in tali strutture, ma ciò sinora non è ancora stato sufficiente perché la comunità internazionale decida finalmente di impegnarsi a mettervi fine.

Il delitto di illecito reingresso

Meritano infine un cenno tre interessanti sentenze relative al delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato di cui all'art. 13, co. 13 TUI.

Nella prima, del Tribunale di Novara del 4.9.2020, vengono precisati gli elementi da tenere in considerazione ai fini del riconoscimento della clausola della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

La seconda decisione è dei Giudici di legittimità (Cass., sez. I, n. 12301/2020), e riguarda la questione della configurabilità del reato quando lo straniero sia rientrato in Italia trascorsi più di 5 anni dal rimpatrio. Come noto, la Cassazione, nelle ipotesi di espulsione adottata in via amministrativa ha in più occasioni affermato che in ossequio alle disposizioni della direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri) va osservato il limite di durata del divieto di reingresso, determinato in via ordinaria in 5 anni, con conseguente insussistenza del reato di cui all'art. 13, co. 13 TUI quando la condotta di reingresso sia avvenuta in epoca posteriore a tale limite massimo. Nel caso di specie, il reingresso era avvenuto dopo più di 5 anni dal rimpatrio, ma la Corte d'appello aveva comunque condannato l'imputato, ritenendo sussistente la speciale ipotesi derogatoria contenuta nell'art. 11 della direttiva rimpatri, che facoltizza lo Stato membro a prevedere una maggior durata del divieto «se il cittadino di un Paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale». La Cassazione non condivide tale ragionamento, in quanto «la previsione derogatoria di cui all'art. 11, co. 2 della direttiva 2008/115/CE implica, già in sede di adozione del provvedimento di espulsione, una concreta ed accurata verifica della condizione di fatto che legittima una più ampia durata del divieto, tale da integrare una condizione soggettiva che non può rapportarsi ad una ordinaria "pericolosità sociale" ma deve raggiungere una consistente gravità, sì da rappresentare, la permanenza del soggetto nello Stato membro, una "grave minaccia" a beni giuridici di particolare rango e aventi una dimensione generale». A tal fine, «non appare sufficiente la semplice iscrizione (o iscrivibilità) dello straniero in una delle ipotesi di pericolosità tipica previste dalla legge in tema di misure di prevenzione, dovendosi operare ulteriore valutazione del particolare livello di potenziale pericolosità del soggetto in riferimento ai beni protetti. Ciò posto, nel caso in esame tale condizione di "aggravata pericolosità" è *ictu oculi* insussistente, attesa la modesta valenza del precedente per cessione di sostanze stupefacenti (data l'entità della pena inflitta) e la mera pendenza di un ulteriore procedimento per fatto analogo». Sulla base di tali argomenti, la sentenza di condanna della Corte d'appello viene annullata senza rinvio.

L'ultima decisione qui segnalata, sempre di legittimità (Cass., sez. I, n. 23705/2020), riguarda un'ipotesi di violazione del divieto di reingresso conseguente ad espulsione disposta dal Tribunale di sorveglianza a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione *ex art.* 16 TU. Due sono in particolare gli aspetti che meritano di essere sottolineati. Nel provvedimento di espulsione mancava la determinazione della durata del divieto di reingresso: la Cassazione

ritiene che, trattandosi di espulsione come misura sostitutiva di un reato diverso da quelli di cui agli artt. 10-*bis* o 14 co. 5-*ter* e *quater* (per cui il divieto ha durata compresa tra 3 e 5 anni), la durata del divieto deve ritenersi compresa tra 5 e 10 anni, e non è dunque censurabile la decisione di merito che aveva fissato in 10 anni il termine per il reingresso. La Corte non reputa poi accoglibile l'argomento difensivo per cui la mancata indicazione del termine impedisse all'imputato di venire a conoscenza dell'estensione temporale del divieto, posto che lo stesso era già stato in passato destinatario di altri provvedimenti espulsivi, ed aveva in più occasioni fatto rientro anticipato in Italia in violazione del termine di legge.



OSSERVATORI



ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

COVID, restrizioni ai viaggi non essenziali nell'Unione europea e revoca dei controlli alle frontiere interne. Il 14 maggio la Commissione ha pubblicato la Comunicazione *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne – COVID-19, 2020/C 169/03*, con cui ha definito le modalità della progressiva eliminazione delle restrizioni nazionali e transfrontaliere alla libera circolazione nella UE, da attuarsi nel rispetto del principio di non discriminazione. L'11 giugno la Commissione europea ha, poi, pubblicato la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, COM(2020) 399 def., *Terza valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, con cui ha raccomandato la proroga, da parte di tutti i Paesi Schengen e associati, delle restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali fino al 30 giugno (in allegato una *checklist* da utilizzare per l'eventuale revoca della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, al fine di definire un approccio comune per valutare se la situazione in un Paese terzo e le misure da esso adottate per limitare la diffusione del virus siano sufficienti a consentire la revoca delle restrizioni dei viaggi non essenziali). Contemporaneamente la Commissione ha pubblicato delle Linee guida per una ripresa graduale e coordinata delle operazioni di visto, 2020/C 197 I/01, per garantire che la ripresa delle operazioni per il rilascio dei visti fosse ben coordinata con la graduale abolizione delle restrizioni di viaggio. La guida includeva anche istruzioni riguardo alle misure igieniche e alle precauzioni per l'accoglienza delle persone che presentano domanda di visto, fornendo indicazioni nel caso in cui lo Stato membro richieda controlli sanitari.

Cooperazione con i Paesi dei Balcani occidentali. Il 5 giugno il Consiglio ha adottato delle conclusioni sul rafforzamento della cooperazione con i partner dei Balcani occidentali nel settore della migrazione e della sicurezza. Il Consiglio ha sollecitato, tra l'altro, una maggiore efficienza nella gestione delle frontiere, soprattutto per quanto riguarda la prevenzione della migrazione irregolare e dei movimenti secondari, il funzionamento dei sistemi di asilo dei partner (tra cui la registrazione e il rafforzamento di adeguate capacità di accoglienza per i migranti e i rifugiati), la cooperazione in materia di riammissione, anche in relazione a cittadini di Paesi terzi che hanno presentato domanda di protezione internazionale nei Balcani occidentali e non sono ammissibili alla protezione internazionale, lo scambio di informazioni a livello regionale.

Atti adottati

Accordi di riammissione e di facilitazione dei visti con la Bielorussia. Con le decisioni (UE) 2020/751 e 2020/752 del Consiglio del 27 maggio 2020 (GUUE L 181 del 9.6.2020, p. 1 ss. e GUUE L 180 del 9.6.2020, p. 1 ss.) sono stati conclusi rispettivamente l'accordo di riammissione e l'accordo di facilitazione per il rilascio dei visti di breve durata, firmati con la Bielorussia l'8 gennaio 2020. L'accordo di facilitazione dei visti prevede, tra l'altro, la riduzione dei diritti per il rilascio del visto, la possibilità di ottenere un visto per ingressi multipli con un lungo periodo di validità e la semplificazione dell'elenco dei documenti da allegare alla domanda di visto. Entrambi gli accordi sono entrati in vigore il 1° luglio.

Collaborazione della guardia europea di frontiera e di costiera con il Montenegro e la Serbia. Con la decisione (UE) 2020/729 del Consiglio del 26 maggio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sullo *status* tra l'Unione europea e il Montenegro riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in Montenegro (GUUE L 173 del 3.6.2020, p. 1) e con la decisione (UE) 2020/865 del Consiglio del 26 maggio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sullo *status* tra l'Unione europea e la Repubblica di Serbia riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica di Serbia (GUUE L 202 del 25.6.2020, p. 1) sono stati conclusi gli accordi di *status* relativi alla collaborazione tra Montenegro e Serbia e la guardia europea di frontiera e costiera. I rispettivi accordi, firmati l'8 ottobre e il 19 novembre 2019, consentono all'Agenzia europea di assistere i due Paesi nella gestione delle frontiere, svolgere operazioni congiunte e schierare squadre nelle rispettive regioni che confinano con l'UE. Gli accordi sono entrati in vigore il 1° luglio.

Varie

Programma volontario di ricollocamento dalla Grecia. Il 24 luglio la Commissione ha stanziato 17 milioni di euro per sostenere l'attuazione del progetto di trasferimento volontario dalla Grecia, di un massimo di 3.000 minori non accompagnati, adulti e famiglie in Francia, Germania, Belgio, Bulgaria, Croazia, Finlandia, Irlanda, Portogallo, Lussemburgo, Lituania, Slovenia e Norvegia, avviato ad aprile e che dovrebbe essere completato entro la fine di ottobre. Il finanziamento (per l'espletamento delle formalità riguardanti i minori non accompagnati, come la valutazione dell'interesse superiore e dell'età, i trasferimenti e i voli, l'alloggio e i servizi medici) è assegnato all'Organizzazione internazionale per le migrazioni, in collaborazione con il Ministero per le migrazioni e l'asilo greco, UNHCR e UNICEF. EASO fornirà un sostegno operativo. Oltre ai minori non accompagnati, sono incluse in via prioritaria nel programma le persone vulnerabili e quelle con gravi patologie mediche.

Integrazione. Il 22 luglio la Commissione ha avviato una consultazione pubblica per raccogliere opinioni su nuove azioni che potrebbero essere intraprese a livello europeo per promuovere l'integrazione e l'inclusione sociale dei migranti. I risultati della consultazione (alla quale sarà possibile partecipare fino al 21 ottobre) dovrebbero contribuire allo sviluppo di un piano d'azione sull'integrazione e l'inclusione. La Commissione ha, inoltre, pubblicato un invito a presentare candidature per la costituzione di un gruppo di esperti composto da persone provenienti da un contesto migratorio, le quali dovrebbero partecipare allo sviluppo e all'attuazione delle politiche in materia di migrazione, asilo e integrazione. Il coinvolgimento di migranti, richiedenti asilo e rifugiati è ritenuto essenziale per rendere le politiche più efficaci ed adeguate alle reali esigenze. Anche la scadenza per la candidatura è fissata al 21 ottobre.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

L'emersione dei rapporti di lavoro irregolari degli stranieri

L'*art. 103 del decreto legge 19.05.2020, n. 34* (pubblicato in G.U. serie gen. n. 128 del 19.5.2020 - S.O. n. 21), convertito con modificazioni nella *legge 17.7.2020, n. 77* pubblicato in G.U. Serie Gen. n. 180 del 18.7.2020 - S.O. n. 25) ha consentito a stranieri e loro datori di lavoro di presentare entro il termine del 15 agosto 2020, così prorogato già *dall'art. 3 del decreto-legge 16.6.2020, n. 52* (pubblicato in G.U. n. 151 del 16.6.2020 e poi abrogato dalla citata legge 17.7.2020, n. 77) domanda finalizzata all'emersione di rapporti di lavoro irregolari con cittadini italiani, europei e extraUE e alla contestuale regolarizzazione della situazione di soggiorno irregolare del lavoratore straniero extraUE o della proroga o conversione dei suoi titoli di soggiorno.

Anche se formalmente la misura è stata prevista «al fine di garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da COVID-19 e favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari» essa è stata condizionata da molti limiti oggettivi e soggettivi posti.

In primo luogo l'emersione è stata consentita non per tutti i tipi di rapporto di lavoro, ma soltanto per quelli (già in atto o passati o stipulabili) che concernono i seguenti settori di attività:

- a) agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse;
- b) assistenza alla persona per il datore di lavoro o per componenti della sua famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza;
- c) lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare.

In secondo luogo l'emersione è limitata a stranieri che non abbiano lasciato il territorio italiano dall'8 marzo 2020 (data dell'instaurazione del regime di quarantena su tutto il territorio italiano), a condizione che non si trovino in alcune situazioni ostative:

- a) siano destinatari di un provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal Ministro dell'interno o dal prefetto, esclusi quelli per ingresso o soggiorno irregolare;
- b) risultino segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato;
- c) risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno dei reati previsti dall'art. 380 c.p.p. o per i delitti contro la libertà personale o per i reati inerenti agli stupefacenti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione

clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite;

d) comunque siano considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone. Nella valutazione della pericolosità dello straniero si tiene conto anche di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p.

In terzo luogo l'emersione è stata consentita soltanto mediante due distinti procedimenti amministrativi, fondati su presupposti soggettivi e temporali alternativi, ma stringenti.

a) Istanza inviata da datori di lavoro italiani o stranieri residenti in Italia allo Sportello unico per l'immigrazione della prefettura (previo pagamento di un contributo forfettario di 500 euro per ogni lavoratore) per concludere un contratto di lavoro subordinato con stranieri presenti sul territorio nazionale o per dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro irregolare, tuttora in corso, con italiani o stranieri che siano stati sottoposti a rilievi fotodattiloscopici prima dell'8 marzo 2020 o che abbiano soggiornato in Italia prima di tale data, in forza della dichiarazione di presenza, resa ai sensi della legge 28.5.2007, n. 68 o di attestazioni costituite da documentazione di data certa proveniente da organismi pubblici, a condizione che si indichi la durata del contratto di lavoro e la retribuzione convenuta, non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo di lavoro di riferimento stipulato dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. È inoltre previsto il pagamento di un contributo forfettario per le somme dovute dal datore di lavoro a titolo retributivo, contributivo e fiscale, la cui determinazione e le relative modalità di acquisizione sono stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro dell'interno ed il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali.

Nell'ipotesi di istanza presentata con questo canale si prevede che lo Sportello unico per l'immigrazione, verificata l'ammissibilità della dichiarazione e acquisito il parere della questura sull'insussistenza di motivi ostativi all'accesso alle procedure ovvero al rilascio del permesso di soggiorno, nonché il parere del competente Ispettorato territoriale del lavoro circa la capacità economica del datore di lavoro e la congruità delle condizioni di lavoro applicate, convoca le parti per la stipula del contratto di soggiorno, per la comunicazione obbligatoria di assunzione e la compilazione della richiesta del permesso di soggiorno per lavoro subordinato. La mancata presentazione delle parti senza giustificato motivo comporta l'archiviazione del procedimento.

b) Domanda presentata alla questura (previo pagamento di contributo forfettario di 130 euro, oltre al contributo massimo di 30 euro) dallo straniero con permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, non rinnovato o convertito in altro titolo di soggiorno che abbia svolto attività

di lavoro nei citati settori lavorativi prima del 31 ottobre 2019 e possa produrre anche la documentazione in possesso, individuata dal decreto del Ministro dell'interno e del lavoro idonea a comprovare l'attività lavorativa svolta nei settori lavorativi indicati e riscontrabile da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro a cui l'istanza è altresì diretta.

In tale ipotesi gli stranieri possono richiedere un permesso di soggiorno temporaneo, valido solo nel territorio nazionale, della durata di mesi sei dalla presentazione dell'istanza.

Se nel termine della durata del permesso di soggiorno temporaneo, lo straniero esibisce un contratto di lavoro subordinato ovvero la documentazione retributiva e previdenziale comprovante lo svolgimento dell'attività lavorativa in conformità alle previsioni di legge in uno dei citati settori lavorativi il permesso è convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

All'atto della presentazione della richiesta, è consegnata un'attestazione che consente all'interessato di soggiornare legittimamente nel territorio dello Stato fino ad eventuale comunicazione dell'autorità di pubblica sicurezza, di svolgere lavoro subordinato, esclusivamente nei settori di attività sopra indicati e di presentare l'eventuale domanda di conversione del permesso di soggiorno temporaneo in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

È consentito all'istante altresì di iscriversi al registro di cui all'art. 19 del decreto legislativo 14.9.2015, n.150 (sistema informativo unitario delle politiche del lavoro dichiarando immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego), esibendo agli Uffici per l'impiego l'attestazione rilasciata dal questore.

La procedura di emersione si è conclusa il 15 agosto e non ha certo risolto i problemi di regolarizzazione del mercato del lavoro degli stranieri sia perché sono restati fuori dalla possibilità i lavoratori di settori diversi, sia perché non sono cambiate le ragioni strutturali che producono l'irregolarità, connesse alla rigidità della disciplina degli ingressi per lavoro e alle difficoltà di rinnovo dei permessi di soggiorno.

Modalità per la presentazione delle domande di emersione di rapporti di lavoro e per le domande di permesso di soggiorno temporaneo

Il *decreto del Ministro dell'interno 27.5.2020* (pubblicato in G.U. 29.5.2020) oltre a spiegare quando (dal 1 giugno al 15 luglio 2020) e come si presentano le domande per i diversi tipi di emersione (regolarizzazione/assunzione di lavoratori extraUE; regolarizzazione lavoratori italiani o comunitari; permesso di soggiorno temporaneo), il decreto richiama o definisce nel dettaglio i requisiti dei datori e dei lavoratori e le procedure. Elenca, inoltre, tutte le attività (con i codici Ateco) dei settori agricolo e domestico ammesse.

Proroga dell'ospitalità nelle strutture di accoglienza per i richiedenti asilo durante lo stato di emergenza

L'art. 16 del d.l. 19.5.2020, n. 34 (pubblicato in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 18.7.2020, n. 180) prevede che i posti disponibili nelle strutture del Sistema di protezione di cui all'articolo 1-sexies del decreto-legge 30.12.1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28.2.1990, n. 39, per un termine non superiore ai sei mesi successivi alla cessazione dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020, possono essere utilizzati per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, fermo restando quanto previsto dal decreto-legislativo 18.8.2015, n. 142, e successive modificazioni, in materia di servizi per l'accoglienza. All'attuazione di tale comma, si provvede senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica con le risorse disponibili a legislazione vigente sui pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'interno.

Determinazione e destinazione del contributo forfettario per le somme dovute dal datore di lavoro, relativamente ai rapporti di la-voro irregolare

Il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 7.7.2020 (pubblicato in G.U. Serie Gen. n. 223 del 8.9.2020) disciplina la determinazione e destinazione del contributo forfettario per le somme dovute dal datore di lavoro, relativamente ai rapporti di lavoro irregolare.

Il contributo forfettario di cui all'art. 103, co. 7, del d.l. 19.5.2020, n. 34 per le somme dovute dal datore di lavoro a titolo retributivo, contributivo e fiscale è determinato, per ciascun mese o frazione di mese, relativamente ai rapporti di lavoro irregolare oggetto dell'istanza di emersione, nella misura di seguito indicata, per i diversi settori di attività:

- a) euro 300,00, per i settori dell'agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse;
- b) euro 156,00, per i settori dell'assistenza alla persona per sé stessi o per componenti della propria famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o disabilità che ne limitino l'autosufficienza;
- c) euro 156,00, per il settore del lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare.

Il contributo forfettario è riversato dall'Agenzia delle entrate:

- a) per un terzo all'entrata del bilancio dello Stato, a titolo fiscale;
- b) per un terzo all'INPS, a titolo contributivo;
- c) per un terzo all'INPS, per il successivo accreditamento al lavoratore, a titolo retributivo.

Semplificazione dell'ingresso e del soggiorno per investitori

L'art. 40-quater del decreto-legge 16.7.2020, n. 76, inserito dalla legge di conversione 11.9.2020, n. 120 (pubblicata in S.O. n. 33, relativo alla G.U. 14.9.2020, n. 228) modifica l'art. 26-bis del Testo unico delle leggi sull'immigrazione emanato con d.lgs. n. 286/1998 prevedendo alcune semplificazioni alla disciplina degli ingressi e soggiorni per investitori, con facilitazioni per le persone giuridiche e per la preventiva verifica della reciprocità e addirittura consentendo per 5 anni un soggiorno molto intermittente e discontinuo e l'esenzione dalla

stipula dell'accordo di integrazione e dai connessi oneri (che però ostacolano non soltanto gli stranieri molto ricchi che possono investire in Italia):

1) anzitutto si precisa nel nuovo testo del comma 1 che l'ingresso e soggiorno per periodi superiori a tre mesi per investitori riguarda gli stranieri che intendono effettuare tali investimenti «in nome proprio o per conto della persona giuridica che legalmente rappresentano»;

2) si prescrive ai nuovi commi 3-*bis* e 3-*ter* che qualora la richiesta del nulla osta sia presentata dal legale rappresentante della persona giuridica straniera, l'autorità amministrativa, individuata con il decreto di cui al comma 2, richiede al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale la preliminare verifica sulla sussistenza della condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile e il rilascio del nulla osta reca l'attestazione dell'avvenuta verifica della condizione di reciprocità.

3) si inserisce un nuovo comma 5-*bis* che prevede che il soggetto titolare del permesso di soggiorno per investitori esercita gli stessi diritti inerenti al permesso di soggiorno per lavoro autonomo di cui all'art. 26 del Testo unico, è esonerato dalla verifica della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile e, per la durata complessiva di cinque anni a decorrere dal primo rilascio, è esonerato dall'obbligo della sottoscrizione dell'accordo di integrazione di cui all'art. 4-*bis* del Testo unico e dagli obblighi inerenti alla continuità del soggiorno in Italia previsti dal regolamento di attuazione del Testo unico.

Limitazione degli ingressi degli stranieri provenienti da Stati ad elevato rischio di contagio da pandemia da Coronavirus

Il Governo nell'esercizio dei poteri previsti dalle norme legislative vigenti durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale a causa della pandemia da Coronavirus ha adottato varie misure legislative o amministrative che hanno limitato o escluso gli ingressi degli stranieri da taluni Stati più a rischio di contagio in ragione degli sviluppi epidemiologici.

Anzitutto il *decreto-legge 16.5.2020, n. 33* (pubblicato in G.U. n. 125 del 16.5.2020), convertito con modificazioni nella *legge 14.7.2020, n. 74* (pubblicato in G.U. 15.7.2020, n. 177) ha previsto all'art. 1, co. 3 e 4 le regole generali.

1) Il divieto fino al 2 giugno 2020 di spostamenti da e per l'estero, con mezzi di trasporto pubblici e privati, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute o negli ulteriori casi individuati con provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020; resta in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

2) La facoltà per il Governo di limitare dal 3 giugno 2020 gli spostamenti da e per l'estero con provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, anche in relazione a specifici Stati e territori, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio

epidemiologico e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e degli obblighi internazionali.

3) La libertà di circolazione tra lo Stato della Città del Vaticano o la Repubblica di San Marino e le Regioni con essi rispettivamente confinanti, che non sono soggetti ad alcuna limitazione.

Il *decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11.6.2020* (pubblicato in G.U. n. 147 del 11.6.2020) ha poi previsto stringenti e molto dettagliate misure di sorveglianza sanitaria nei confronti di chiunque (italiani o stranieri) provenga dall'estero, fin dall'ingresso sul territorio italiano (art. 4), una disciplina molto particolareggiata per chiunque (italiano o straniero) per un periodo non superiore a 120 ore chiunque intende fare ingresso nel territorio nazionale, tramite trasporto di linea aereo, marittimo, lacuale, ferroviario o terrestre (art. 5), disposizioni in materia di navi da crociera e navi di bandiera estera (art. 7). In particolare l'art. 6 ha previsto che non sono soggetti ad alcuna limitazione gli spostamenti da e per gli Stati membri dell'Unione europea, gli Stati parte dell'Accordo di Schengen, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, Andorra, Principato di Monaco, Repubblica di San Marino e Stato della Città del Vaticano. Fino al 30 giugno 2020 sono stati vietati gli spostamenti da e per Stati e territori diversi salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute. Resta in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

Con successive ordinanze il Ministro della salute ha disposto la chiusura agli ingressi da alcuni Stati:

a) dapprima con l'*ordinanza del Ministro della salute 9.7.2020* sono stati esclusi i cittadini di 13 Stati (Armenia; Bahrein; Bangladesh; Brasile; Bosnia Erzegovina; Cile; Kuwait; Macedonia del Nord; Moldova; Oman; Panama; Perù; Repubblica Dominicana), dai quali sono stati vietati i voli di andata e ritorno,

b) l'esclusione è stata estesa a Serbia, Kosovo e Montenegro e poi a Bangladesh e successivamente a Perù e Colombia.

Infine il *decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7.8.2020* (pubblicato in G.U. n. 198 del 8.8.2020), ha previsto circa gli spostamenti da e per l'estero in un apposito allegato 20 la suddivisione degli Stati in 6 elenchi.

- *Elenco A* (per gli Stati con cui resta la libera circolazione),

Repubblica di San Marino, Stato della Città del Vaticano.

- *Elenco B* (per gli Stati dai quali chiunque arrivi deve consegnare al vettore all'atto dell'imbarco e a chiunque sia deputato a effettuare controlli una dichiarazione resa ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica del 28.12.2000, n. 445, recante l'indicazione in modo chiaro e dettagliato, tale da consentire le verifiche, di Paesi e territori esteri nei quali la persona ha soggiornato o transitato nei quattordici giorni anteriori all'ingresso in Italia),

Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica

Ceca, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria, Islanda, Liechtenstein, Norvegia, Svizzera, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, Andorra, Principato di Monaco.

- *Elenco C* (che raggruppa gli Stati provenendo dai quali oltre agli adempimenti richiesti per chi proviene dagli Stati inclusi nell'elenco B) si richiedono i motivi dello spostamento conformemente all'art. 4, nel caso di ingresso da Stati e territori di cui agli elenchi E ed F, e si esige altresì di indicare nel caso di soggiorno o transito nei quattordici giorni anteriori all'ingresso in Italia:

1) indirizzo completo dell'abitazione o della dimora in Italia dove sarà svolto il periodo di sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario;

2) mezzo di trasporto privato che verrà utilizzato per raggiungere il luogo di cui al numero 1) ovvero, esclusivamente in caso di ingresso in Italia mediante trasporto aereo di linea, ulteriore mezzo aereo di linea di cui si prevede l'utilizzo per raggiungere la località di destinazione finale e il codice identificativo del titolo di viaggio;

3) recapito telefonico anche mobile presso cui ricevere le comunicazioni durante l'intero periodo di sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario;

4) eventuale sussistenza di una o più circostanze di cui all'art. 6, co. 6 e 7): Bulgaria, Romania.

- *Elenco D*

Australia, Canada, Georgia, Giappone, Nuova Zelanda, Ruanda, Repubblica di Corea, Thailandia, Tunisia, Uruguay.

- *Elenco E* (che raggruppa Stati e territori dai quali e verso i quali sono vietati gli spostamenti, l'ingresso e il transito nel territorio nazionale alle persone che vi hanno transitato o soggiornato negli Stati e territori nei quattordici giorni antecedenti, nonché gli spostamenti verso gli Stati, salvo che ricorrano uno o più dei seguenti motivi, comprovati mediante la dichiarazione di cui all'art. 5, comma 1: a) esigenze lavorative; b) assoluta urgenza; c) esigenze di salute; d) esigenze di studio; e) rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza; f) ingresso nel territorio nazionale da parte di cittadini di Stati membri dell'Unione europea, di Stati parte dell'Accordo di Schengen, del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, di Andorra, del Principato di Monaco, della Repubblica di San Marino, dello Stato della Città del Vaticano; g) ingresso nel territorio nazionale da parte di familiari delle persone fisiche di cui alla lettera f), come definiti dagli articoli 2 e 3 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, h) ingresso nel territorio nazionale da parte di cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25.11.2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, nonché di cittadini di Stati terzi che derivano il diritto di residenza da altre disposizioni europee o dalla normativa nazionale; i) ingresso nel territorio nazionale da parte di familiari delle persone fisiche di cui alla lettera h), come definiti dagli articoli 2 e 3 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 29.4.2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri).

Tutti gli Stati e territori non espressamente indicati in altro elenco

- *Elenco F* (che raggruppa i territori per i quali sono vietati l'ingresso e il transito nel territorio nazionale alle persone che vi hanno transitato o soggiornato nei quattordici giorni antecedenti, salvo che nei seguenti casi: 1) persone di cui al comma 1, lettere f) e g), con residenza anagrafica in Italia da data anteriore a quella indicata nell'elenco F dell'allegato 20; 2) equipaggio e personale viaggiante dei mezzi di trasporto; 3) funzionari e agenti, comunque denominati, dell'Unione europea o di organizzazioni internazionali, agenti diplomatici, personale amministrativo e tecnico delle missioni diplomatiche, funzionari e impiegati consolari, personale militare, italiano e straniero, nell'esercizio delle loro funzioni).

A decorrere dal 9 luglio 2020: Armenia, Bahrein, Bangladesh, Bosnia Erzegovina, Brasile, Cile, Kuwait, Macedonia del nord, Moldova, Oman, Panama, Perù, Repubblica dominicana. A decorrere dal 16 luglio 2020: Kosovo, Montenegro e Serbia.

Le persone, che hanno soggiornato o transitato, nei quattordici giorni antecedenti all'ingresso in Italia, in Stati o territori di cui agli elenchi C, D, E ed F dell'allegato 20, anche se asintomatiche, sono obbligate a comunicare immediatamente il proprio ingresso nel territorio nazionale al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio. In caso di insorgenza di sintomi COVID-19, resta fermo l'obbligo per chiunque di segnalare tale situazione con tempestività all'autorità sanitaria per il tramite dei numeri telefonici appositamente dedicati e di sottoporsi, nelle more delle conseguenti determinazioni dell'autorità sanitaria, ad isolamento.

Le persone che hanno soggiornato o transitato, nei quattordici giorni antecedenti all'ingresso in Italia, in Stati o territori di cui agli elenchi C, D, E ed F dell'allegato 20, anche se asintomatiche, si attengono ai seguenti obblighi sono sottoposte a rigide misure di sorveglianza sanitaria disciplinate nell'art. 6 del d.p.c.m.

Determinazione del contingente triennale 2020/2022 per l'ingresso di stranieri per la partecipazione a corsi di formazione professionali e tirocini

Il *Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 9.7.2020* (pubblicato in G.U. 31.7.2020) prevede che per il triennio 2020/2022 il limite massimo di ingressi in Italia degli stranieri in possesso dei requisiti previsti per il rilascio del visto di studio è determinato in:

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.

Non rientrano tra tali corsi, quelli organizzati dalle Università per il conseguimento di Master di primo o secondo livello, né comunque quelli organizzati dalle Università per singole attività formative. In tal caso viene rilasciato un visto di ingresso per studio/università;

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.

Gli stranieri residenti all'estero che possono fare ingresso in Italia per svolgere un periodo di tirocinio rientrano tra i casi particolari di ingresso al di fuori delle quote contemplati all'art. 27, lett. f) del Testo unico sull'immigrazione e dall'art. 40, co. 9, lett. a) del d.p.r. n. 394/99, così come modificato dal d.p.r. n. 334/04. Per fare ingresso in Italia per tale motivo non occorre il nulla osta al lavoro ma occorre ottenere un visto di ingresso per motivi di studio o formazione che viene rilasciato dalla Rappresentanza diplomatico-consolare del Paese in cui risiede lo straniero nei limiti delle quote determinate dal decreto pubblicato.

Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati

Con l'accordo 9.7.2020, n. 73 raggiunto nell'ambito della Conferenza unificata Stato, Regioni e autonomie locali il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali si impegnano ad adottare ai fini della determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati il documento recante «Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati» (Allegato 1) e la relativa procedura, prevista nel documento allegato, che costituisce parte integrante dell'Accordo.

In coerenza con quanto previsto nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.11.2016, n. 234 e nella legge 7.4.2017, n. 47, è infatti necessario definire, nell'ambito socio-sanitario, una procedura univoca e appropriata per l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, da adottare a livello nazionale.

Il Protocollo, di carattere sequenziale e incrementale, individua un approccio multidisciplinare attraverso il quale, nel rispetto del superiore interesse del minore e su richieste dell'autorità giudiziaria competente, si procede alla determinazione dell'età nei casi in cui permangono fondati dubbi sull'età dichiarata del minore e l'età non sia accertabile da documenti identificativi o altre procedure previste secondo l'art. 5 della legge n. 47/2017.

La procedura per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati, è condotta da un'equipe multidisciplinare e consiste nello svolgimento di tre fasi successive e progressive ad invasività incrementale:

- i) un colloquio sociale,
- ii) una valutazione psicologica o neuropsichiatrica,
- iii) una visita pediatrica auxologica, con ricorso ad accertamenti sanitari, utilizzando modalità il meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta, del sesso e dell'integrità psico-fisica del minore, e secondo le modalità di seguito specificate.

La procedura deve essere effettuata in un ambiente idoneo, presso i luoghi di accoglienza in cui si trova il presunto minore o presso le strutture sanitarie pubbliche del Servizio sanitario nazionale (SNN), individuate dalle Regione e Province autonome sulla base delle specifiche competenze richieste e secondo le rispettive organizzazione territoriali.

Ove all'esito di ciascuna fase o stadio della procedura emergano elementi certi circa la minore età, non si procede ad accertamenti successivi.

Qualora, anche dopo l'accertamento socio-sanitario, permangano dubbi sulla minore età, questa si presume ad ogni effetto di legge.

Il Governo, le Regioni e le Province autonome di impegnano anche ad effettuare un monitoraggio sull'applicazione del suddetto protocollo in modo da apportare anche le opportune modifiche alla luce delle nuove evidenze scientifiche.

Si deve peraltro segnalare che secondo la Società italiana di medicina delle migrazioni il protocollo approvato, pur mantenendo un approccio multidisciplinare, sembra accantonare quello olistico e ancor di più quello integrato, prevedendo il coinvolgimento sequenziale dei diversi professionisti. Tale processualità rischia di indebolire l'obiettivo prefissato, cioè quello di uniformare le prassi e garantire diritti su tutto il territorio nazionale, di rispondere a bisogni complessi della persona – in questo caso presunto minore – e sembra non poter arginare un'eventuale discrezionalità nella sua applicazione, soprattutto al fine di ridurre il margine di errore nella stima di un'età che, comunque, non sarà mai certa.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza di illegittimità costituzionale

La sentenza della Corte costituzionale n. 186/2020, pubblicata sulla G.U. 5.8.2020 ha dichiarato incostituzionale l'art. 13 d.l. n. 113/2018 secondo la quale il permesso di soggiorno per richiesta d'asilo non era un titolo valido per l'iscrizione anagrafica.

Pertanto la *circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione centrale per i servizi demografici, n.10 del 14.8.2020* ha ricordato che dal 6 agosto 2020 ai fini dell'iscrizione anagrafica dello straniero richiedente asilo, si applicano le disposizioni vigenti anteriori all'entrata in vigore dell'art. 13 del d.l. n. 113/2018.

Soggiorno

Misure di attuazione delle norme sull'emersione dei rapporti di lavoro irregolari degli stranieri

Numerose circolari hanno dato attuazione alle norme legislative che hanno consentito l'emersione dei rapporti di lavoro irregolari degli stranieri:

1) la *circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento libertà civili e immigrazione del 5.6.2020, n. 0075/0003 - Protocollo 0001455* fa precisazioni sulla tipologia di rapporti di lavoro che possono essere oggetto di regolarizzazione: a tempo pieno, a tempo parziale, a tempo indeterminato o determinato, secondo la disciplina della retribuzione prevista nel contratto collettivo nazionale di lavoro, comunque non inferiore all'importo mensile dell'assegno sociale.

2) La *circolare del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno del 30.5.2020* illustra le norme legislative sull'emersione e dà indicazioni operative sulla presentazione delle domande da parte dei datori di lavoro alle prefetture.

I datori di lavoro devono essere cittadini italiani, cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea o stranieri titolari di permesso di soggiorno UE di lungo periodo. Devono possedere, per i settori produttivi agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse, un reddito imponibile minimo non inferiore a 30.000 euro. Per i settori del lavoro domestico o di assistenza alla persona, il reddito deve essere non inferiore a 20.000 euro, in caso di nucleo familiare composto da un solo soggetto percettore di reddito, e non inferiore a 27.000 euro, in caso di nucleo familiare composto da più soggetti conviventi.

Gli stranieri devono essere stati fotosegnalati prima dell'8 marzo 2020, ovvero devono aver soggiornato in Italia prima di quella data, come risulta dalla dichiarazione di presenza o da documentazioni di data certa proveniente da organismi pubblici o privati che, istituzionalmente o per delega, svolgono una funzione o un'attribuzione pubblica o un servizio pubblico (es. cartelle cliniche, certificazioni rilasciate da aziende sanitarie pubbliche, tessere di trasporto nominative etc..).

Le istanze sono presentate esclusivamente con modalità informatiche dal 1 giugno al 15 luglio 2020 dalle ore 7:00 alle 22:00 sull'applicativo accessibile all'indirizzo, <https://nullaostalavoro.dlci.interno.it/> utilizzando il sistema di identificazione digitale SPID e seguendo le istruzioni presenti sul manuale utente disponibile sul medesimo sito web.

È disponibile un *tutorial* che guiderà gli utenti alla compilazione delle istanze.

Successivamente all'invio della domanda sarà generata sul portale dedicato, area personale, la ricevuta che ne attesta l'avvenuta presentazione da consegnare in copia al lavoratore.

Prima della presentazione della domanda il datore di lavoro dovrà provvedere al pagamento del contributo forfettario, pari a € 500,00 per ciascun lavoratore, utilizzando il modello F24 (REDT 2020) disponibile presso gli sportelli bancari, gli uffici postali o da scaricare dal sito dell'Agenzia delle entrate.

Lo Sportello unico per l'immigrazione, dopo aver verificato l'istanza e acquisiti i pareri favorevoli della questura e dell'Ispettorato territoriale del lavoro, convocherà le parti per

l'esibizione della documentazione necessaria all'emersione e la stipula del contratto di soggiorno. Contestualmente, lo Sportello provvederà all'invio della comunicazione obbligatoria di assunzione e alla consegna al lavoratore del modello per la richiesta di permesso di soggiorno per lavoro subordinato, che dovrà essere poi inviato alla questura tramite gli uffici postali.

I datori di lavoro potranno avvalersi, per la compilazione e l'inoltro delle domande, delle associazioni di categoria, delle organizzazioni sindacali e dei patronati che vorranno fornire assistenza, a titolo gratuito, sulla base dei protocolli d'intesa già sottoscritti.

3) La *circolare del Dipartimento per la pubblica sicurezza - Direzione centrale per l'immigrazione e la polizia delle frontiere del Ministero dell'interno del 30.05.2020* illustra le norme legislative sull'emersione e dà indicazioni operative sulla presentazione delle domande alle questure e sul rilascio e conversione dei permessi di soggiorno connessi con l'emersione.

Gli stranieri potranno presentare la domanda di permesso di soggiorno presso i 5.700 uffici postali dedicati (Sportello amico), inoltrando l'apposito modulo di richiesta compilato e sottoscritto dall'interessato. L'onere del servizio è fissato a 30 €.

Prima della presentazione della domanda il richiedente dovrà provvedere al pagamento del contributo forfettario, pari a € 130,00 a copertura degli oneri per la procedura, utilizzando il modello F24 (RECT 2020) disponibile presso gli sportelli bancari, gli uffici postali o da scaricare dal sito dell'Agenzia delle entrate. Occorre:

- 1) essere in possesso di un passaporto o di altro documento equipollente ovvero di un'attestazione di identità rilasciata dalla Rappresentanza diplomatica del proprio Paese di origine;
- 2) essere presente sul territorio nazionale alla data dell'8 marzo 2020;
- 3) comprovare di aver svolto attività di lavoro nei settori indicati con documentazione da esibire all'atto della presentazione dell'istanza.

In considerazione dell'attuale fase di emergenza sanitaria derivata dalla diffusione del contagio da COVID-19, per i primi 8 giorni lavorativi, gli accessi agli uffici postali "Sportello amico" per le richieste di permesso di soggiorno sarà possibile rispettando una ripartizione per cognome. Successivamente al 10 giugno il servizio sarà erogato senza alcuna ripartizione alfabetica.

Alla consegna del modulo di richiesta del permesso di soggiorno presso lo sportello di Poste italiane, allo straniero è rilasciata una ricevuta contenente specifiche di sicurezza che gli consentirà di soggiornare sul territorio nazionale e di svolgere attività lavorativa nei citati settori di attività.

Contestualmente lo straniero verrà convocato presso la questura per l'esame della sua richiesta ed il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo. Il titolo di soggiorno potrà essere convertito in permesso per motivi di lavoro qualora lo straniero, nel termine di sei mesi, abbia ottenuto un contratto di lavoro nei settori produttivi interessati;

4) la *circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro - Direzione centrale tutela, sicurezza e vigilanza del lavoro, del 1.6.2020* disciplina le procedure e i criteri degli interventi delle sedi provinciali dell'Ispettorato sulle domande di emersione presentate;

5) la *risoluzione N. 27/E del 29.5.2020 dell'Agenzia delle entrate* istituisce i codici tributo per il versamento, tramite il modello «F24 Versamenti con elementi identificativi», dei contributi forfettari dovuti ai sensi dell'art. 103, co. 7, del d.l. 19.5.2020, n. 34».

6) la *circolare Inps - Direzione centrale entrate Direzione centrale tecnologia, informatica e Innovazione n. 68 del 31.5.2020* prevede indicazioni operative;

7) la *circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento pubblica sicurezza del 19.6.2020* prevede linee di indirizzo sulla compatibilità tra emersione e richiesta di asilo.

Con riferimento all'ipotesi di regolarizzazione disciplinata dall'art. 103, co. 1, (ovvero la procedura finalizzata all'emersione dei rapporti di lavoro irregolare), il Ministero dell'interno conferma l'assenza di profili di incompatibilità tra la condizione di richiedente asilo e l'accesso al canale di emersione attivato dal datore di lavoro.

La circolare prevede come prassi applicativa che in sede di sottoscrizione del contratto di soggiorno presso lo Sportello unico venga rilasciata al richiedente asilo una specifica informativa volta ad illustrare la duplice opzione rimessa alla scelta del richiedente, ovvero quella di rinunciare alla richiesta di protezione o, al contrario, di mantenerla in vita. Al richiedente che decidesse di non rinunciare alla richiesta di protezione, verrà rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di lavoro in formato cartaceo valido esclusivamente per il territorio nazionale: nel caso in cui, invece, l'interessato decidesse di rinunciare alla richiesta di protezione, il permesso di soggiorno per lavoro che gli verrà rilasciato sarà in formato elettronico e non sarà sottoposto a limitazioni ulteriori rispetto a quelle previste per l'ordinario permesso di soggiorno lavorativo.

Relativamente al secondo canale di emersione (ovvero quello direttamente attivato dal cittadino straniero, per la richiesta del permesso di soggiorno temporaneo) il Ministero dell'interno osserva che il richiedente asilo ha diritto a permanere regolarmente sul territorio nazionale fino alla conclusione della relativo procedimento amministrativo. Ne consegue che non venendosi a creare una condizione di irregolarità, non ci sarebbero i requisiti previsti dal comma 2 dell'articolo 103 per accedere alla relativa procedura e ottenere un permesso di soggiorno temporaneo.

Pertanto, chiarisce il Ministero dell'interno, in presenza di istanze di emersione *ex art.103, co. 2*, «il richiedente asilo sarà reso edotto delle condizioni necessarie per la definizione della procedura».

Infine la circolare contiene un'importante specificazione. Nel caso in cui la validità del permesso di soggiorno sia stata prorogato per legge sulla base delle disposizioni anti-COVID contenute nel d.l. n. 18/2020, tale circostanza – evidenzia il Ministero – non impedisce l'accesso alla procedura di emersione. «Qualora, pertanto, dovessero pervenire istanze ai sensi dell'art. 103 co. 1 e co. 2 da parte di stranieri beneficiari della proroga sopracitata, i relativi procedimenti

amministrativi dovranno essere comunque istruiti e definiti, eventualmente archiviando le posizioni connesse al rilascio/rinnovo di permessi di soggiorno già in essere...».

8) La circolare del Ministero del lavoro e del Ministero dell'interno del 24.7.2020, in primo luogo, chiarisce le modalità per l'avvio dell'attività lavorativa nelle more della definizione della procedura di emersione, ovvero prima della convocazione delle parti presso lo Sportello unico. Importanti precisazioni sono fornite anche sull'attribuzione del codice fiscale provvisorio, nel caso in cui il lavoratore da assumere sia sprovvisto del codice fiscale.

Si chiarisce anche la possibilità nel settore del lavoro domestico o di assistenza alla persona dell'avvio della procedura da parte di più datori di lavoro. È questo ad esempio il caso in cui un lavoratore domestico lavori ad ore presso più datori di lavoro. La circolare chiarisce che i datori di lavoro potranno essere al massimo tre, ognuno dovrà avviare la domanda separatamente, indicando nel modello «EM dom» il fatto che i datori di lavoro sono più di uno. La circolare ribadisce, inoltre, che nel settore del lavoro domestico e di assistenza alla persona è possibile regolarizzare rapporti di lavoro a tempo ridotto (part-time), purché, con la retribuzione prevista dal CCNL e comunque non inferiore al minimo previsto per l'assegno sociale (euro 459,83 mensili). Si chiarisce che per i rapporti di lavoro in agricoltura a tempo determinato dovrà essere assicurata la garanzia occupazionale minima di almeno 5 giornate. Circa i richiedenti asilo, la circolare ribadisce che la procedura di regolarizzazione può essere avviata anche in favore di un cittadino straniero titolare di un permesso di soggiorno per richiesta asilo che abbia in corso un rapporto di lavoro irregolare o che debba ancora essere assunto dal datore di lavoro.

In tale ipotesi, al momento della stipula del contratto di soggiorno, lo Sportello unico consegnerà un'informativa, in relazione alla possibilità di poter mantenere attiva o meno la procedura di riconoscimento della protezione internazionale.

La circolare, infine, chiarisce che nell'ipotesi di uno straniero titolare di un permesso di soggiorno non convertibile che consente di svolgere attività lavorativa – ad es. permesso di soggiorno per richiesta asilo, per lavoro stagionale, ecc. – se il lavoratore ha già in essere un rapporto di lavoro part-time regolarmente instaurato, potrà essere avviata nei suoi confronti la procedura di emersione per un altro contratto part-time nei settori ammessi dalla norma.

L'accesso alla procedura non è invece possibile per la conversione del permesso di soggiorno nel caso in cui il lavoratore abbia un rapporto di lavoro già regolarmente instaurato *full-time*.

RECENSIONI
E MATERIALI
DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Aprile E., *La sentenza di non luogo a procedere può essere emessa nei confronti dello straniero espulso anche dopo l'adozione da parte del P.M. del decreto di citazione diretta a giudizio*, nota a Corte cost., n. 270/2019, in *Cass. pen.*, 2020, n. 4.

Ambrosi A., *La garanzia del diritto ad un luogo di culto: un interminabile percorso ad ostacoli*, in *Le Regioni*, 2020, n. 2.

Barbariol G., *Art. 103 d.l. 34/2020: l'emersione di molte questioni irrisolte*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 364.

Bonetti P., *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi-Osservatorio emergenza Covid*, 2020.

Borraccetti M., *L'integrazione dei migranti tra politiche europee, azioni e tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Caligiuri A., *Genocidio coloniale e responsabilità dello Stato*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2019, n. 3.

Calvigioni R., *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2020, n. 6.

Capraro V., Calvani S., *La scienza dei conflitti sociali. Divisioni politiche, immigrazione, violenza sulle donne, fake news: cosa ci insegna la ricerca*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

Ceserani A., *Matrimonio ebraico tra esercizio della libertà religiosa e circolazione degli status familiari*, in *Fam. dir.*, 2020, n. 8-9.

Chiaromonte W., *Governare le migrazioni per motivi di lavoro: criticità e prospettive*, in AA.VV., *Il futuro del lavoro e i lavori del futuro*, Milano, Giuffrè, 2020.

Chiaromonte W., Ferrara M.D., Ranieri M. (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna, il Mulino, 2020.

Colaiacono G., *L'applicabilità dell'art. 311, comma 5-bis, c.p.p., nell'estradizione e nel mandato di arresto europeo*, Nota a Cass. Sez. VI, 2 1marzo 2019, n. 17992, in *Cass. pen.*, 2020, n. 6.

Corsi C., *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *Federalismi*, 2020, n. 23.

Corsi C., *Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 2

De Luca C., *Le sanzioni applicabili ai minori stranieri non accompagnati nei centri di accoglienza: una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 5.

De Pascale A., *Il nuovo Patto per l'immigrazione e asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, ottobre 2020.

Di Pasquale E., Troncin C., *Riforma di Dublino: il rischio dell'ennesimo annuncio*, in www.lavoce.info, 21.05.2020.

Fachile S., *Non sempre l'interruzione della discendenza impedisce il riconoscimento della cittadinanza italiana*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 365/366.

Favilli C., *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "C'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in questionegiustizia.it, 2.10.2020.

Fiore O., Celoria E., *In difesa di una strega*, in questionegiustizia.it, 02.07.2020.

Franceschelli F., *Politiche italiane sull'immigrazione e crimini contro l'umanità: osservazioni critiche alla comunicazione del 3 giugno 2019 alla Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 6.

Gatta F.L., *Vie legali economiche e migrazione ai fini lavorativi: il ritardo della «politica comune» dell'Ue*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Gentile S.L., *I diritti sociali fra territorialità e discriminazione* (Nota a Cass. 7 novembre 2019, n. 28745) – *Parte I*, in *Il Foro it.*, 2020.

Gialuz M., Grisonich E., *Crisi dell'Unione Europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 7/8.

Giovannetti M., Zorzella N., *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

Giudici C., Wihtol de Wenden C., *I nuovi movimenti migratori. Il diritto alla mobilità e le politiche di accoglienza*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

Goisis L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Bari, Jovene, 2019.

Grattarola G., *Diritto al ricongiungimento familiare e nozione di situazione puramente interna nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. um. e dir. Internaz.*, 2020, n. 1.

Grimaldi N. C., *La natura e gli elementi costitutivi del delitto di tortura. Nota a Cass. Sez. V, 8 luglio 2019, n. 47079*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 6.

Grosso E., *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti fondamentali sconvolto dalla pandemia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, n. 7.

Hasanaj S., *Immigrazione e diversità. Un modello dinamico e differenziato per l'Italia multiculturale*, Milano, FrancoAngeli, 2019.

Liguori A., *Violazioni conseguenti all'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli hotspots greci: la sentenza Kaak*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2020, n. 1.

Lonati S., *L'espulsione dello straniero sottoposto a processo penale*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2020, n. 1.

Marinai S., *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Marchegiani M., *La riforma del sistema comune europeo di asilo: verso una procedura comune e uno status uniforme?*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Masera L., *Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2020, n. 2.

Miele R., *Emersione/regolarizzazione 2020: brevi considerazioni sui criteri di accesso*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 360.

Miele R., *Emersione. Verso la legge di conversione del dl n. 34 con alcuni nodi da sciogliere: ambito di applicazione, richiedenti asilo e prova dell'attività già svolta*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 361.

Miele R., *Con il maxi emendamento alla legge di conversione del decreto legge semplificazioni (n. 76/2020) il Governo modifica sostanzialmente l'art. 26-bis del TUI*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 368.

Morgese G., *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Morselli C., *Il salvataggio in mare dei naufraghi, a bordo della Sea Watch 3, ad opera del comandante, può avvalersi dello schema c.d. negotiorum gestio (art. 2028 c.c.) per superare la censura del ricorso del P.M., già rigettato dalla Cassazione con sentenza n. 112 16.1.2020?* in *Giust. pen.*, 2020, n. 4.

Morselli C., *Manus iniectio per l'arresto del Comandante della Sea Watch 3, Carola Rackete: spectacula iustitiae nelle forme dell'abuso?*, in *Giust. pen.*, 2020, n. 5.

Morozzo della Rocca P., *La cancellazione dal Sistema Informativo Schengen ai fini dell'ottenimento del nulla osta al ricongiungimento familiare*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 367.

Natale A., *Caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*, in *www.questionegiustizia.it*, 23.07.2020.

Neri L., Guariso A., *Il giudizio di legittimità e la protezione internazionale. La parola alla difesa*, in *questionegiustizia.it*, 11.09.2020.

Padula C., *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consulta online*, 30 marzo 2020.

Papa P., *Esclusione, non respingimento, protezione umanitaria: brevi note a margine di Cassazione, n. 11668 del 2020*, in *questionegiustizia.it*, 21.07.2020.

Parisi F., *Un "approccio globale" contro la tratta di esseri umani: gli obblighi positivi di tutela in adempimento dell'art. 4 Cedu*, nota a Cedu, 18 luglio 2019, T.I., in *Il Foro it.*, 2020 n. 3.

Parisi F., *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine. Nota a Cass. 10 gennaio 2020, n. 6626*, in *Il Foro it.*, 2020, n. 5.

Pasquero A., Micheletti M., Riffaldi E., *Anche la CEDU chiude ai visti umanitari*, in *www.questionegiustizia.it*, 09.07.2020.

Peloso C., *La Direttiva 2014/41/UE sull'Ordine europeo di indagine penale (Parte prima)*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2019, n. 6.

Peloso C., *L'implementazione dell'Ordine europeo di indagine penale nell'ordinamento italiano: il D.L.vo n. 108/2017 tra principi fondanti e recenti apporti giurisprudenziali (Parte seconda)*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2020, n. 1.

Pirrone P., *La Convenzione sui diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano a trent'anni dalla sua adozione*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2020, n. 2.

Pistoia E., *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Pittaro P., *Il c.d. "codice rosso" sulla tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Fam. dir.*, 2020, n. 7.

Pulitanò D., *La responsabilità dei ministri tra giustizia e politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, n. 6.

Ricci L., *Questioni di giurisdizione italiana sui delitti commessi nelle prigioni libiche*, in *Giur. It.*, 2020, n. 6.

Rossi S., *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2020, n. 26.

Sabella P.M., *Il caso Vos Thalassa: il "carosello" delle scriminati in un apparente conflitto fra legge penale e principio di non refoulement*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 15.10.2020.

Salvi G., *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, nota a Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Giur. It.*, 2020, n. 7.

Savino M., *La chimera di Tampere*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Starita M., *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 1.

Thiene A., *La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia*, nota a Cass, civ., sez. I, 4 novembre 2019, n. 28257, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 3.

Tua C.E., *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 3.

Veglio M., *La malapena. Sulla crisi della giustizia al tempo dei centri di trattenimento degli stranieri*, Torino, SEB 27, 2020.

Rapporti, riviste e siti internet

ASGI, Refugee Rights Europe, *A Reluctant welcome: report sull'asilo in Italia*, 2020.

ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione europea ed effetti giuridici*, agg. dicembre 2019.

Caritas Italiana e Fondazione Migrantes, *XXIX Rapporto immigrazione*, ottobre 2020.

European Asylum Support Office, *COVID-19 emergency measures in asylum and reception systems*, 02.06.2020.

European Asylum Support Office, *EASO Asylum Report 2020. Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, June 2020.

FTDES Migreurop, *Politiques de non-accueil en Tunisie: des acteurs humanitaires au service des politiques sécuritaires européennes*, rapporto congiunto della missione FIDES Migreurop, giugno 2020.

Fondazione ISMU, *Venticinquesimo rapporto sulle migrazioni 2019*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

Gisti – Migreurop, *Hotspot de Samos; l'enfer à la frontière gréco-turque*, Rapport de mission Gisti-Migreurop, 2019.

IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2020*, ottobre 2020.

Lunaria, *Cronache di ordinario razzismo, Quinto libro bianco sul razzismo*, luglio 2020.

Ministero dell'interno, *Nuova strategia migratoria dell'UE: le opinioni degli Stati membri in prima linea*, 9 giugno 2020.

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *X rapporto annuale- Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, luglio 2020.

Questione giustizia, 2020, n. 1. Obiettivo 2: *Le nuove frontiere dei diritti umani, al tempo dell'esternalizzazione delle frontiere italiane ed europee*. Scritti di L. Minniti, L. Masera, C. Favilli, M. Frigo, A. Riccardi, ASGI, M. Giuffré, M. Jill Alpes, F. Boyer, H. Mounkaila, A. Pian.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

RECENSIONE A:

Luca Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Torino, Giappichelli, 2020.

di **Giovanni Tarli Barbieri**

SOMMARIO: 1. La responsabilità penale dei Ministri: un nervo scoperto delle democrazie contemporanee. – 2. La travagliata genesi della riforma del 1989. – 3. La tesi di Masera: un'interpretazione “costituzionalmente orientata” dell'art. 9, co. 3, della l. cost. n. 1/1989. – 4. La correlata, necessaria interpretazione restrittiva dell'insindacabilità della deliberazione parlamentare. – 5. Verso una riforma della riforma del 1989?

1. *La responsabilità penale dei Ministri: un nervo scoperto delle democrazie contemporanee.* Le disposizioni costituzionali sulla responsabilità penale dei Ministri costituiscono un nervo scoperto delle democrazie contemporanee e si situano sul confine, delicato e complesso, tra “politica” e “giurisdizione”.

Anche per questa ragione in molti ordinamenti contemporanei le disposizioni costituzionali in materia o sono oggetto di dibattito o critiche anche pesanti¹ o sono state oggetto di revisioni costituzionali i cui esiti però sono a loro volta oggetto di riflessioni polemiche²; il tutto in una stagione nella quale, in Italia e non solo, la crisi dei circuiti della responsabilità politica ha portato a valorizzare impropriamente quella penale (si pensi alla tesi ricorrente nel dibattito politico per cui un comportamento che non costituisca reato sarebbe di per sé, per così dire, accettabile a tutto tondo), mentre, come osservato, tra gli altri, da Diez-Picazo, la responsabilità penale dei Ministri «non può e non deve costituire se

¹ Si pensi alla disciplina contenuta nella Costituzione spagnola, di origine franchista, che prevede la giurisdizione esclusiva del Tribunale supremo anche per i reati extrafunzionali.

² Oltre all'Italia si può ricordare la revisione costituzionale francese del 1993 a seguito della vicenda del c.d. *sang contaminé*.

non l'*ultima ratio*»³. Ragionare diversamente, significa valorizzare impropriamente il rilievo istituzionale degli istituti della “giustizia politica” (vero e proprio “ossimoro costituzionale”) «che rendono più incerto il confine tra responsabilità politica e responsabilità giuridica, producendo una confusione che può contrastare con i principi del costituzionalismo democratico»⁴.

Eppure, la specificità dei reati ministeriali rende la previsione di procedimenti speciali, sia pure variamente configurati, un tratto ricorrente nelle Costituzioni contemporanee, cosicché sembra confermato l'autorevole rilievo secondo il quale «per quanti sforzi si facciano per “normalizzare” la responsabilità penale dei Ministri, le ragioni della “giustizia politica” non si lasciano schiacciare»⁵.

2. *La travagliata genesi della riforma del 1989.* È innanzitutto alla luce di queste considerazioni di fondo che deve essere inquadrata la monografia di Luca Maserà che si lascia apprezzare nella misura in cui in primo luogo da essa si trae un bilancio complessivo della riforma della disciplina della responsabilità penale dei Ministri a trent'anni dalla sua entrata in vigore, mentre l'attenzione della dottrina, nell'ultimo decennio è stata rivolta prevalentemente, da una parte, alla responsabilità per reati extrafunzionali (a seguito dei “lodi” del 2003 e del 2008) e, quanto alla riforma del 1989, alla questione dei rapporti tra autorità giudiziaria e Camere con riferimento alla qualificazione come ministeriale di un illecito penale.

Peraltro, come si dirà più oltre, non è certo questo l'unico merito del lavoro.

La riforma del 1989 delinea un procedimento connotato da non poche peculiarità e da non pochi problemi.

Come è noto, la revisione dell'art. 96 Cost. sui reati ministeriali si è resa necessaria in forza del combinato disposto delle polemiche sui sistematici insabbiamenti che la normativa preesistente aveva favorito (o quantomeno non ostacolato) e delle non irrilevanti

³ L.M. Díez Picazo, *La criminalidad de los gobernantes. Le letras de Drakontos*, Barcelona, Critica, 1996, pp. 166-167. Secondo tale autore, «il miglioramento del livello di moralità pubblica esige uno sforzo collettivo per conseguire una maggiore effettività dei canali, istituzionali e diffusi, della responsabilità politica, perché, laddove essa funziona meglio, di solito è meno necessario giungere fino alla responsabilità penale».

⁴ M. Volpi, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 2003, p. 61.

⁵ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 465. Sul punto, è stato anche osservato che il modello “burocratico” di giurisdizione proprio degli ordinamenti dell'Europa continentale, in quanto fondato su un sistema di reclutamento meritocratico del tutto svincolato dagli altri poteri dello Stato, priverebbe i giudici della sensibilità istituzionale necessaria affinché essi possano considerarsi responsabili del corretto funzionamento globale dello Stato. Ciò differenzerebbe il modello di giurisdizione dell'Europa continentale da quello anglosassone nel quale i giudici sono selezionati dal potere politico dello Stato fra professionisti di esperienza che non sono considerati affatto estranei allo svolgimento globale della vita politica: L.M. Díez Picazo, *op. cit.*, p. 162.

problematiche che erano emerse nell'unico processo svoltosi dinanzi alla Corte costituzionale (il c.d. processo *Lockheed* conclusosi nel 1979), efficacemente sintetizzate da Leopoldo Elia nell'eterogeneità delle competenze penali attribuite alla Corte costituzionale rispetto alle altre ad essa attribuite dalla Costituzione; nel rischio, poi effettivamente verificatosi, di un blocco nei lavori della Corte; nell'assenza della garanzia del doppio grado di giurisdizione, determinandosi «un privilegio odioso nei confronti degli uomini politici»; nel danno all'immagine della Corte, alimentato dalle inevitabili polemiche relative al diverso trattamento riservato ai due *ex* Ministri (uno condannato, l'altro assolto), perché «quando si giudicano in sede penale uomini politici, l'indiscreta attenzione degli 'opinionmakers' si appunta sul retroterra cultural-politico che inevitabilmente sta dietro ogni giudice»⁶.

Eppure alla riforma si è arrivati solo a seguito di un referendum abrogativo dell'autunno 1987 avente ad oggetto la disciplina legislativa attuativa dell'art. 96 Cost.

Questo punto appare di grande interesse ancora oggi, essendo noto che a livello politico si discute del possibile ampliamento e valorizzazione degli istituti di democrazia diretta (si veda la proposta di legge costituzionale sul c.d. referendum propositivo: A.S. n. 1089).

Ebbene, nel caso del referendum in questione emerge, forse per la prima volta in modo tanto evidente, la scissione tra il contenuto del quesito (consistente nella sola abrogazione della l. n. 170/1978) e l'obiettivo dei promotori (o quantomeno di alcuni di essi) di addivenire ad una revisione dell'art. 96 Cost. e delle disposizioni contenute in materia nella l. cost. n. 1/1953⁷, nonostante che la Corte costituzionale nel giudizio di ammissibilità del referendum avesse precisato con grande chiarezza che «tanto meno, poi, risulterebbero eliminate la particolare procedura prevista dagli artt. 90 secondo comma e 96 Cost., nonché la speciale giurisdizione contemplata nell'ultimo inciso dall'art.134 Cost. per le persone ivi elencate» (sent. n. 27/1987).

L'ambigua configurazione di una presunta valenza di "indirizzo" derivante dall'esito del referendum abrogativo è un elemento che non può essere sottovalutato nell'analisi dei lavori preparatori della l. cost. n. 1/1989; lo stesso Ministro della giustizia, Giuliano Vassalli nella seduta del Senato del 28 gennaio 1988 ebbe ad osservare che «mi preoccupa, invece, sentire che vengono esaltati i referendum come fonte di questa specifica attività legislativa di rilievo costituzionale perché vedo una certa confusione in questa situazione [...] Sull'onda di questa interpretazione di un referendum non su materia costituzionale, o che si ritenga tale, il

⁶ L. Elia, *Per una giustizia sempre meno politica (La Corte costituzionale e i giudizi di accusa)*, in *Civitas*, 1988, n. 3, pp. 7 ss.; Id., *L. cost. 16 gennaio 1989, n. 1. Modifiche degli artt. 96, 134 e 135 della Costituzione e della l. cost. 11 marzo 1953, n. 1 e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 Cost. Premessa: le nuove regole sui reati ministeriali*, in *Leg. pen.*, 1989, pp. 465 ss.

⁷ Su tale problematica scissione, cfr., per tutti, M. Luciani, *Art. 75*, in *Comm. cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2005, pp. 687 ss.; A. Mangia, *Referendum*, Padova, Cedam, 1999, pp. 134 ss.

Parlamento legifera con procedure costituzionali. Questa situazione mi sembra notevolmente confusa, nonché elusiva dei precetti costituzionali che sono molto precisi»⁸.

Le scelte fondamentali contenute nella l. cost. n. 1/1989 si inquadrano proprio alla luce di due possibili approcci alla riforma non facilmente componibili: da una parte vi erano infatti i sostenitori di un modello processuale meno “speciale” possibile per i Ministri, in linea con lo “spirito” del referendum del 1987; dall’altra, coloro che invece volevano mantenere un presidio procedimentale in capo al Parlamento, espressivo della peculiarità dei reati ministeriali.

In questo senso, la l. cost. n. 1/1989 ha realizzato un compromesso: essa infatti da una parte afferma la competenza sui reati ministeriali del giudice penale comune, ma dall’altra fonda una speciale autorizzazione a procedere della Camera di appartenenza che può essere negata solo con la maggioranza assoluta dei componenti, a voler esprimere, almeno in prima approssimazione, un *favor* per la concessione (art. 9, co. 3).

È quindi proprio l’anomala autorizzazione a procedere, oggetto della monografia di Masera, la “pietra dello scandalo”, visto che essa sembra atteggiarsi come una sorta di abnorme esimente giustificata nella sostanza dalla “ragion di Stato”.

Le polemiche che sono seguite su alcuni dei contenuti della l. cost. n. 1/1989 (in particolare, l’art. 9, co. 3) spiegano perché essa, per la prima volta nella storia della Repubblica, fu approvata nella seconda deliberazione senza i due terzi dei componenti (nonostante il sostegno alla riforma del PCI), rendendo possibile il referendum costituzionale, la cui richiesta, prefigurata dal partito radicale, sul presupposto del “tradimento” dello spirito referendario, non ebbe comunque luogo. In definitiva, ancora in questa stagione (ma per poco) resse quello che è stato definito il monopolio della revisione costituzionale da parte del sistema dei partiti, a maggior ragione in una materia, quella della responsabilità penale dei Ministri, destinata ad incidere, sia pure limitatamente, anche sul funzionamento della forma di governo⁹.

3. La tesi di Masera: un’interpretazione “costituzionalmente orientata” dell’art. 9, co. 3, della l. cost. n. 1/1989. Che un Ministro possa non essere chiamato a rispondere di un reato commesso nell’esercizio delle funzioni è una eventualità che già in epoca statutaria era stata denunciata allorché si era osservato, con specifico riferimento alla prassi, che «con la legislazione vigente si può dire assicurata ai ministri nella maggior parte dei casi,

⁸ Senato della Repubblica, X legislatura, 28 gennaio 1988, 68^a sed. (antim.), res. sten., p. 25.

⁹ R. Tarchi, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in Aa.Vv., *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII – Leggi costituzionali e di revisione costituzionale. Comm. Cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1995, pp. 304 ss.

l'impunità», poiché questi «possono addurre quasi sempre la gran scusa della ragione di Stato, hanno complici numerosi nel Parlamento, e la condanna loro è quanto di più difficile si possa immaginare»¹⁰. Ed ancora in Assemblea costituente lo stesso Vittorio Emanuele Orlando, in linea con la tradizione statutaria, affermò con forza che «il Ministro ha bisogno di un giudice politico, se il suo reato è ministeriale» evocando episodi riferiti alla sua esperienza ministeriale nei quali *per necessità* aveva commesso condotte probabilmente illecite¹¹.

L'art. 9, co. 3, può quindi giovarsi di riferimenti storici che però non possono giustificare un'interpretazione che renda tale disposizione fuori asse rispetto ai principi supremi sui quali si fonda la nostra Costituzione. Ed è proprio partendo da questa constatazione che si sviluppa il percorso di ricerca della monografia di Maserà.

Come è noto, peraltro, la prassi è andata in una direzione del tutto diversa. Le Camere hanno infatti in non pochi casi interpretato in modo discutibilmente estensivo i casi di diniego di autorizzazione a procedere, con riferimento a vicende che nulla hanno a che fare con un preminente interesse pubblico. In non pochi casi, poi, il Parlamento ha “ammantato” il riferimento all'art. 9 co. 3, con una valutazione di sostanziale infondatezza degli addebiti, talvolta “smontando” la ricostruzione dei fatti operata dal Tribunale dei Ministri¹²: non a caso nella scorsa legislatura una pregevole relazione della Giunta per le immunità del Senato nella XVII legislatura ha dovuto ribadire l'inammissibilità di un sindacato del genere, alla stregua dei numerosi precedenti in senso diverso (doc. IV-*bis*, n. 2-A)¹³.

¹⁰ A. Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica*, vol. II, Torino, Utet, 1896, pp. 473-474.

¹¹ Assemblea costituente, 10 marzo 1947, res. sten., p. 294.

¹² Sul punto, sia consentito un rinvio a G. Tarli Barbieri, *Il procedimento per i reati ministeriali a venti anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 1989*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere - Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. II, Padova, Cedam, 2009, pp. 736 ss.

¹³ Non sono mancate poi forzature anche sul piano procedimentale, a cominciare dalla discutibile modifica dell'art. 135-*bis*, del regolamento del Senato deliberata nel 1999. È stato infatti inserito un comma 8-*bis* del seguente tenore: «Le proposte di diniego dell'autorizzazione sono messe ai voti in una seduta antimeridiana. I Senatori possono votare per tutta la durata della seduta e per quella della seduta pomeridiana prevista per lo stesso giorno mediante votazione nominale con scrutinio simultaneo ovvero, successivamente, dichiarando il voto ai Segretari. Nell'intervallo tra le due sedute, i documenti di scrutinio sono custoditi sotto la vigilanza dei Segretari».

La relazione alla proposta di modificazione del regolamento ne chiarisce la *ratio*, consistente nel fatto che «l'esperienza insegna che circostanze contingenti spesso impediscono, anche solo per pochissimi voti, il raggiungimento di quel *quorum* e frustrano così il reale intendimento del Senato. A questo scopo, la Giunta propone di assegnare alla votazione una intera giornata di lavori e di introdurre una fattispecie a formazione progressiva [...] In tal modo, alla chiusura della seduta pomeridiana, si potrà accertare quale sia l'effettivo orientamento dell'Assemblea su un tema così delicato e complesso quale è l'autorizzazione a procedere nei riguardi del Presidente del Consiglio o di un Ministro della Repubblica».

La citazione consente di mettere in luce il carattere discutibile della riforma anche alla stregua del precedente comma 8, ai sensi del quale, se la Giunta abbia proposto la concessione dell'autorizzazione e non siano state formulate proposte intese a negarla, l'Assemblea non procede a votazioni, intendendosi senz'altro approvate le conclusioni della Giunta.

A ciò si aggiunga che la disposizione così introdotta deroga a un antico principio generale del diritto parlamentare, ovvero quello del divieto di interruzione delle votazioni che, in precedenza, era derogato solo per le nomine e comunque entro la durata della stessa seduta. Inoltre, tale disposizione ha introdotto un discutibile «ibrido a metà tra votazione

Certo, i casi “Diciotti” e “Gregoretti” sono diversi dai precedenti, riguardando condotte politiche del Ministro dell’interno affatto riconducibile a fattispecie sostanzialmente corruttive o comunque di *maladministration*. Ma anche in questo caso i parametri di cui all’art. 9, co. 3 (l’aver agito «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell’esercizio della funzione di Governo»), sono stati interpretati in modo non poco disinvolto, se è vero che la condotta incriminata è stata giustificata nel primo caso ma non nel secondo (quando la maggioranza parlamentare era cambiata), a dimostrazione, come giustamente osserva l’autore, «di come le formule di cui all’art. 9, co. 3 non si siano rivelate idonee ad impedire che la fase parlamentare del procedimento per reati ministeriali, più che essere rivolta alla verifica del perseguimento da parte del ministro delle finalità previste dalla norma, si risolva in concreto in una verifica del sostegno politico di cui il ministro (o ex ministro) gode tra i parlamentari chiamati ad esprimersi»¹⁴.

Da qui la tesi di fondo della monografia di Masera che propone un’interpretazione “costituzionalmente orientata”, originale e interessante, dell’art. 9, co. 3.

L’autore, infatti, preso atto della vaghezza dei parametri di cui all’art. 9, co. 3, individua una serie di reati rispetto ai quali il diniego dell’autorizzazione a procedere non sarebbe possibile in relazione alla loro particolare lesività di diritti fondamentali, a presidio del nucleo essenziale dei diritti della persona: «È la nostra identità costituzionale che, rifuggendo dall’idea per cui la ragion di Stato può travolgere l’essenza stessa dei diritti fondamentali, impone un’interpretazione della disciplina sui reati ministeriali (pure di rango costituzionale) tale da impedire il riconoscimento dell’impunità per reati di particolare gravità»¹⁵.

In questo senso, appare di grande interesse in particolare il cap. III nel quale l’autore ricostruisce, quali possibili punti di riferimento, i crimini internazionali previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale e, soprattutto, gli obblighi di tutela penale di diritto internazionale tratti dalla Cedu (in particolare, dall’art. 15), nonché la disciplina delle garanzie funzionali degli agenti dei servizi segreti (l. n. 124/2007). Assai interessanti sono, in particolare, i riferimenti a ordinamenti esterni a quello statale, in quanto, come è stato giustamente affermato, «nel diritto internazionale si vanno sempre più affermando

nominale a scrutinio simultaneo e votazione per “dichiarazione resa ai segretari” successivamente: mentre per le urne aperte si tratta comunque di voto segreto, però in questo caso la natura non istantanea della votazione [...] si cumula alla riconoscibilità dell’espressione del voto (che è palese, in conformità con le decisioni presidenziali del 1993 su questa materia) e ciò genera il rischio di comportamenti volti ad “orientare” l’esito della votazione con una sostanziale “controllabilità” dell’afflusso dei ritardatari»: G. Buonomo, *Le modifiche del febbraio e del luglio 1999 al regolamento del Senato*, in *Nuovi studi politici*, 1999, n. 2, pp. 89 ss.

¹⁴ L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all’irresponsabilità penale dei Ministri*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 72.

¹⁵ L. Masera, *op. cit.*, p. 172.

procedimenti e ipotesi di reato che limitano la sovranità degli Stati e in particolare riducono la sfera delle immunità riconosciute ai governanti»¹⁶.

Masera a ragione mostra di non condividere la tesi secondo la quale i reati che offendano diritti fondamentali della persona umana per definizione non sarebbero ministeriali, perché essa finisce per alterare la *ratio* della riforma del 1989 ma ritiene che in relazione a illeciti penali di particolare gravità il passaggio parlamentare dovrebbe risultare in qualche modo vincolato nell'esito anche se non inutile: «Proprio quando il reato compiuto nell'interesse pubblico è di particolare gravità, il dibattito garantito dal passaggio parlamentare si rivela funzionale allo stesso esercizio della giurisdizione, garantendo la copertura politica che l'azione giudiziaria nei confronti del ministro deve possedere per non apparire strumentale al perseguimento da parte della magistratura di finalità politiche ultronee al suo mandato istituzionale»¹⁷.

Certo, lo stesso autore si rende comunque conto, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul bilanciamento dei diritti, della difficoltà di tracciare un perimetro sicuro di reati non “giustificabili” al di fuori di quelli a tutela dei valori di cui anche la normativa internazionale afferma l'assoluta intangibilità, concludendo che «quando saranno in gioco valori costituzionalmente primari, i contro-interessati che ne possono giustificare la restrizione oltre i limiti di legge dovranno essere di assoluta e primaria importanza, ma in un sistema democratico l'apposizione di limiti rigidi al bilanciamento che può essere compiuto dai rappresentanti della volontà popolare deve essere considerata una *extrema ratio*, giustificabile solo a tutela del nucleo più ristretto dei valori essenziali del nostro ordinamento, che a nostro avviso coincidono con quelli cui tale rango è riconosciuto nell'ordinamento internazionale e europeo»¹⁸.

Peraltro, anche a seguire l'interpretazione dell'autore, non verrebbero comunque meno, inevitabilmente, le zone grigie: si pensi ai protocolli riservati (ma la cui esistenza è attestata in sede parlamentare¹⁹) che prevedono l'ordine di abbattimento da parte del Ministro della difesa²⁰ di aerei civili dirottati da terroristi e destinati a schiantarsi su centri abitati. È quantomeno da chiedersi se, pure di fronte a tante potenziali vittime, il Parlamento non dovrebbe “giustificare” l'operato del Ministro.

¹⁶ M. Volpi, *op. cit.*, p. 62. Peraltro, Masera ha cura di precisare che «l'esistenza di un limite al perseguimento dell'interesse pubblico è scolpito nelle fondamenta del nostro sistema costituzionale di valori, e non ha bisogno del sostegno di fonti esterne per imporsi sulla discrezionalità politica dell'organo parlamentare»: L. Masera, *op. cit.*, *ivi*.

¹⁷ L. Masera, *op. cit.*, p. 164.

¹⁸ L. Masera, *op. cit.*, p. 185.

¹⁹ Camera dei deputati, XV legislatura, 13 novembre 2007, res. sten., all. B) che riporta un'interrogazione a risposta immediata in Commissione presentata dall'on. Tana De Zulueta.

²⁰ E ciò non può non destare almeno qualche perplessità, visto che una tale decisione dovrebbe coinvolgere la responsabilità dell'intero Governo, ai sensi dell'art. 95, co. 2, Cost. e dell'art. 2 della l. n. 400/1988.

Peraltro, quest'ultima non appare una ragione sufficiente per negare una condivisione di fondo alla tesi sostenuta da Masera.

L'interpretazione di tale previsione fatta propria dall'autore appare infatti di grande interesse anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale la quale ha precisato che la l. cost. n. 1/1989 ha una natura mista: nella parte in cui modifica l'art. 96 (art. 1), essa è legge di revisione della Costituzione, abilitata quindi a derogare ai precetti costituzionali con il solo limite dei principi supremi; viceversa, nella parte in cui attua il nuovo art. 96 Cost. essa è una legge costituzionale che quindi deve essere interpretata in modo tale da permetterne «il più facile e armonico inserimento nel quadro costituzionale vigente, tanto più in presenza dell'intento normativo, esplicito nel nuovo art. 96 della Costituzione (introdotto dall'art. 1 della legge costituzionale in questione), di valorizzare in materia il diritto processuale comune» (sent. n. 134/2002)²¹.

In questo senso, quindi, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 9, co. 3, asseconda pienamente la scelta di fondo della riforma del 1989, la cui *ratio* di fondo, nonostante le venature compromissorie cui si è già alluso, è comunque rinvenibile nel «principio di generale attribuzione all'autorità giudiziaria ordinaria dell'esercizio della giurisdizione penale, salvo le eccezionali e restrittive deroghe stabilite espressamente dalla fonte superprimaria», suggerite «dalla ragione giustificatrice degli istituti di giustizia politica» (sent. n. 87/2012).

4. *La correlata, necessaria interpretazione restrittiva dell'insindacabilità della deliberazione parlamentare.* L'insieme delle vicende relative ai dinieghi di autorizzazione induce a interrogarsi sulla latitudine dell'insindacabilità della deliberazione parlamentare affermata dall'art. 9, co. 3. Sul punto, la dottrina maggioritaria ritiene che tale espressione non possa essere intesa in senso letterale, perché, diversamente, la portata essenziale della riforma sarebbe rimessa interamente nelle mani del Parlamento²².

Viceversa, l'affermazione della insindacabilità non è tale da impedire in assoluto la possibilità di un intervento della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzione. In particolare, si ritiene che, affinché possa sussistere l'insindacabilità della delibera parlamentare, quest'ultima debba avere almeno i requisiti minimi di individuazione

²¹ Proprio con riferimento alla l. cost. n. 1/1989, quindi, la Corte sembra prendere le distanze da quell'orientamento che nega che nel nostro ordinamento le leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali abbiano sfere di competenza distinte e costituiscano quindi una categoria unitaria, non essendo possibile fondare una distinzione giuridicamente cogente: evidenzia il punto, in sede di commento alla pronuncia, nell'ottica della giustizia costituzionale, L. Elia, *Gli inganni dell'ambivalenza sintattica*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1051.

²² Per tutti, G. Tranchina, *Autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 484.

dell'interesse costituzionalmente rilevante o del preminente interesse pubblico; appare infatti fondato il rilievo secondo il quale «l'obbligo di motivazione del diniego di autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro inquisito e la puntuale previsione legislativa delle ipotesi giustificatrici dell'operato ministeriale non impediscono di certo la eventualità che si possano contraffare per interessi costituzionalmente rilevanti e/o preminenti interessi pubblici fini ed interessi di parte, penalmente rilevanti»²³. In questo senso è da ritenere ammissibile il conflitto di attribuzioni non soltanto nei casi di carenza di motivazione²⁴, ma altresì nei casi di motivazione illogica, arbitraria o contraddittoria, «assurgendo così (l'adempimento dell'obbligo del) la motivazione ad indice rivelatore di un corretto (o meno) esercizio dei poteri da parte delle Camere»²⁵; in tale ipotesi, infatti, «il conflitto si profila in tutta la sua durezza come arbitraria sottrazione di un soggetto alla giustizia, e sottrazione ad uno dei poteri dello Stato della possibilità di esercitare la propria funzione direttamente attribuitagli dalla Costituzione»²⁶.

Da qui, la conclusione di Masera, pienamente condivisibile e attinta anche, per analogia, dalla l. n. 124/2007, ovvero che «la categoria dogmatica dell'*arbitrarietà* segna nella materia dei reati ministeriali il confine di fronte al quale deve arrestarsi l'insindacabilità della delibera parlamentare, per non sconfinare nell'attribuzione al Parlamento di un potere senza limiti, che contrasta con la struttura del sistema costituzionale»; pertanto, «ciò significa in primo luogo che un conflitto di attribuzione può essere sollevato quando sia stato omesso il necessario bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito dal ministro e l'interesse individuale leso dalla fattispecie di reato»²⁷.

5. *Verso una riforma della riforma del 1989?* L'autore non affronta volutamente il tema dell'opportunità di una revisione della riforma del 1989, e quindi della perdurante sostenibilità dei contenuti essenziali di essa.

A parere di chi scrive, esclusa l'ipotesi di un ritorno alla disciplina preesistente per la perdurante attualità dei rilievi già richiamati nel par. 2, non sembra praticabile la strada di un trasferimento *sic et simpliciter* al giudice penale ordinario della giurisdizione sui reati ministeriali, come peraltro era stato ipotizzato in un emendamento presentato (ma respinto)

²³ E. Furno, *Profili della responsabilità ministeriale*, in *Dir. e soc.*, 1993, p. 636.

²⁴ Come è stato giustamente affermato, questa ipotesi «lascia intravedere spiragli circa un sindacato di costituzionalità sulla delibera parlamentare ancora più penetrante, potendo l'adempimento dell'obbligo relativo all'indicazione dei motivi costituire "indice rivelatore" del corretto (o meno) esercizio da parte delle Camere delle loro attribuzioni»: A. Ciancio, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *www.federalismi.it*, 2019, n. 16, p. 15.

²⁵ E. Furno, *op. cit.*, p. 636.

²⁶ L. Carlassare, *Art. 96*, in *Comm. cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1994, p. 475.

²⁷ L. Masera, *op. cit.*, p. 187.

nel corso dell'esame della proposta di legge costituzionale poi divenuta la l. cost. n. 1/1989²⁸; e ciò per le evidenti e ineliminabili peculiarità della responsabilità penale dei Ministri per reati commessi nell'esercizio delle funzioni.

Altre soluzioni si potrebbero ipotizzare: peraltro, sia che esse guardino all'organo competente a giudicare (immaginandosi organi *ad hoc*, a garanzia del doppio grado di giurisdizione)²⁹, sia che abbiano ad oggetto il filtro parlamentare (in ipotesi da ricalibrare sul *fumus persecutionis*) si tratterebbe di una "riforma della riforma" la cui praticabilità in concreto appare ardua e i cui effetti andrebbero attentamente valutati, sapendo che comunque la l. cost. n. 1/1989, con tutti i suoi limiti, ha costituito comunque «un passo avanti rispetto a quello che era stato originariamente, in concreto, un sistema d'immunità dei membri del governo per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni»³⁰.

In questo senso, anzi, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 9, co. 3, come quella proposta da Maserà, può contribuire a "stabilizzare" la riforma del 1989, sempre che, evidentemente, la politica dimostri un senso del limite che invece per molti aspetti nel più recente periodo sembra mancare.

²⁸ Si tratta dell'emendamento "Onorato-Giolitti" il quale prevedeva, da una parte, una aggravante qualora il reato presentasse caratteri di eccezionale gravità, desunti: *a)* dall'entità del danno e del pericolo cagionato; *b)* dall'intensità del dolo o dal grado della colpa; *c)* dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto e da ogni altra modalità della condotta; dall'altra, una causa di esclusione della punibilità, che sarebbe stata applicata dall'autorità giudiziaria, qualora il fatto fosse commesso per la necessità di tutelare un interesse costituzionalmente preminente: l'emendamento in questione (n. 4.1.) fu respinto nella seduta pomeridiana del Senato del 28 gennaio 1988: Senato della Repubblica, X legislatura, 28 gennaio 1988, 69^a sed. (pomer.), res. sten., pp. 8 ss.

²⁹ A questo proposito le variabili sono molte, potendo ipotizzarsi organi a composizione mista, ovvero interamente formati da appartenenti alla magistratura.

³⁰ L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, cit., p. 12.

Table of contents

2020 - Volume 4

ISSUE no. 3

Editorial, *Monia Giovannetti*

Articles

Chronicle of a regularisation in time of health emergency: genesis, purposes and limits.

William Chiaromonte, Madia D'Onghia

Labour, migration policies and exploitation: the condition of migrant workers in agriculture

Carlo Caprioglio, Enrica Rigo

Migratory routes and pandemic. How emergencies have changed

Michela Tuozzo

The right of asylum and its multiform (non) implementation

Francesca Rescigno

The accelerated procedures for the determination of international protection: analysis of the art. 28-bis of the Legislative Decree n. 25/2008

Noris Morandi

Comments

A small step forward on “safe” third Countries, and a worrying leap backwards on the detention of migrants at the border. Comment on the ECtHR Grand Chamber ruling in *Ilias and Ahmed v.*

Hungary.

Cesare Pitea

The decision *M.N. and others v. Belgium* in the light of *X and X*: a confirmed restraint from the Courts or a new momentum for European legal entry channels?

Fabrizia Camplone

Detention in transit zones and inadmissibility of asylum applications. The European Court of justice and borders procedures

Erika Colombo

The subsequent applications for international protection: short remarks in light of the regulatory changes introduced by the Decree-law 113/18 and the Decree-law 130/20

Cecilia Pratesi

Overview of European case law

(1 May 2020 – 31 August 2020)

European Court of Human Rights

Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory

(1 May 2020 – 31 August 2020)

Italian observatory

(1 May 2020 – 31 August 2020)

Reviews and research materials

Review to: Luca Maserà, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Torino, Giappichelli, 2020, by *Giovanni Tarli Barbieri*