

ANNUARIO ADIM 2023

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Giampiero Cassola - Giulia Del Turco
Federica Passarini - Mario Savino - Michela Tuozzo

Editoriale Scientifica

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del progetto PRIN 2022 “Legal Pathways for Refugees in the Euro-Mediterranean Context: The Feasibility of Processing Asylum Claims outside the EU” (EUROPATHWAYS - CUP J53D23005740006). L’iniziativa è promossa dall’Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete scientifica che riunisce studiosi italiani e stranieri impegnati in attività ricerca e formazione in materia di immigrazione.



Finanziato
dall’Unione europea
NextGenerationEU



Ministero
dell’Università
e della Ricerca



ItaliaDomani
PIANO NAZIONALE
DI RIPRESA E RESILIENZA

Int:ME
International Migration in Europe



Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2024
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-235-0052-1

<i>Introduzione</i>	9
---------------------	---

PARTE I
LE TENDENZE EUROPEE E INTERNAZIONALI

L'APPROVAZIONE DEL NUOVO PATTO

MARIO SAVINO, Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri	19
DANIELA VITIELLO, L'ultimo atto: il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è (quasi) legge	27

LA PROCEDURA DI FRONTIERA:

VERSO UNA DETENZIONE SU LARGA SCALA DEI RICHIEDENTI ASILO

VIRGINIA PASSALACQUA, La nuova procedura di frontiera e il trattenimento del richiedente asilo: profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione	43
MARIO SAVINO, Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?	51
MARIO SAVINO, Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa della garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania	59

LA PROCEDURA DI FRONTIERA:

VERSO UNA DETENZIONE SU LARGA SCALA DEI RICHIEDENTI ASILO?

MARIO SAVINO, FLAVIO VALERIO VIRZÌ, Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità	71
MARIO SAVINO, La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa	83
ANNA LIGUORI, Storica sentenza della Corte suprema sull'accordo Regno Unito-Ruanda	95

I MIGRANTI TRA RESPINGIMENTI E STRUMENTALIZZAZIONI

MIGUEL A. ACOSTA SÁNCHEZ, Migration Flows as an Instrument of Political Pressure: The Case of Morocco	105
FRANCESCA ROMANA PARTIPILO, Push-backs and International Law Violations at Greek Borders	113
KAMILLA GALICZ, Un nuovo capitolo sull'incompatibilità in materia di asilo: la normativa emergenziale ungherese davanti alla Corte di Giustizia	121
CHIARA RAUCEA, Refusal of Entry or Return? The CJEU's Ambiguous Conclusions in <i>Adde and Others</i>	129

IL SOCCORSO IN MARE TRA ESIGENZE UMANITARIE E DI POLIZIA

CARMELO DANISI, What Role for the Convention against Enforced Disappearance in Times of Migrant Shipwrecks in Europe?	143
FRANCESCA DE VITTOR, Controllo dell'immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni di polizia	155
LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE, Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e <i>smuggling</i> : l'anomalia ermeneutica dello scafista passeggero	163
MICHELA TUOZZO, Le nuove regole del soccorso in mare: quale coerenza tra mezzo e fine?	171
FRANCESCA ROMANA PARTIPILO, The Sea Watch Case Before the European Court of Justice: Is There a Difference Between Occasional and Systematic SAR Activities?	177
FILOMENA PISCONTI, Definizione di "Place of Safety" nella materia dei soccorsi in mare: siamo di fronte a una svolta interpretativa? Brevi riflessioni a partire dalla sentenza del tar Lazio sez. III, 19 giugno 2023, n. 10402	185

LA DIGITALIZZAZIONE NELLA GESTIONE DEI FLUSSI

MARCO GERBAUDO, The Solidarity Platform: Re-designing Operational Cooperation within the EU Migration Policy	195
OLIMPIA GIULIANA LODDO, ANDREA ADDIS, Tre funzioni dell'IA nella gestione dei flussi migratori	205
ERIK LONGO, Il possibile impatto dell'AI Act sull'immigrazione: iniziamo a discuterne	215

FRANCESCA TASSINARI, The Role of EU-LISA in the Implementation of the Interoperability Framework	223
--	-----

PARTE II LE SCELTE POLITICHE NAZIONALI

LA RESTRIZIONE DELL'ASILO

MAURIZIO AMBROSINI, Le tre politiche migratorie del governo Meloni	235
SALVATORE CURRERI, L'oscillazione del pendolo, ovvero delle restrizioni della protezione speciale dopo la conversione del decreto legge n. 20/2024 (c.d. Cutro)	243
GIULIA MENTASTI, "Decreto Cutro": gli ultimi sviluppi della normativa in tema di immigrazione	249
ELISA CAVASINO, Il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo in Italia in "emergenza sistemica"?	257

IL RILANCIO DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

ELENA VALENTINI, Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?	267
ROBERTO CHERCHI, Il trattenimento dello straniero nei c.p.r. secondo il decreto-legge 124/2023, o di come valorizzare le <i>worst practices</i>	275
ELEONORA CELORIA, La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive	285

L'ACCESSO DEI MIGRANTI AL LAVORO

MADIA D'ONGHIA, CLAUDIO DE MARTINO, Lavoro e immigrazione: una nuova stagione nella regolamentazione dei flussi di ingresso?	297
ROBERTO CHERCHI, Il "decreto Cutro" tra domanda di forza lavoro e insofferenza per i diritti fondamentali	303
CLAUDIO DE MARTINO, Il primo decreto flussi del Governo Meloni tra (poche) novità e (molte) conferme	311

LA DIFFICILE INTEGRAZIONE

BARBARA GIOVANNA BELLO, Perspective on “Second Generations” in Today’s Italy: To Be or not to Be a Citizen?	321
PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, Sull’iscrizione anagrafica e sulla registrazione dei dati di stato civile dei familiari del protetto internazionale	329
GIANLUCA MARCANTOGNINI, Certificato di residenza anagrafica e conversione o rinnovo del permesso di soggiorno	337
ALESSIO CARACCILO, I “nuovi” requisiti per l’accesso degli stranieri extra-UE all’assegno di inclusione	343
MICHELA GIACHETTI FANTINI, Il diritto al pediatra di libera scelta dei minori stranieri irregolari: un traguardo importante per la tutela della salute di ogni bambino	351
PAOLO IAFRATE, La conversione dei permessi di soggiorno per i minori stranieri non accompagnati neomaggiorenni a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 50/2023	361
FEDERICO ORSO, L’apertura di corridoi umanitari verso l’Italia. Opportunità e problemi	369

PARTE III

IL SISTEMA DI TUTELA TRA RESISTENZA E ARRETRAMENTI

LA RIDUZIONE DEGLI AUTOMATISMI

LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE, Immigrazione e stupefacenti: dalla Consulta il richiamo a ragionevolezza e proporzionalità	389
ANDREA DE PETRIS, Germania: la riduzione automatica dei sussidi per i richiedenti asilo è incostituzionale	397

IL TRATTENIMENTO ALL’INGRESSO E L’APPROCCIO HOTSPOT

ADELE DEL GUERCIO, Trattenimento arbitrario e violazione dei diritti umani nell’hotspot di Lampedusa. C’è ancora un giudice a Strasburgo	407
CATERINA DRIGO, La detenzione arbitraria dei migranti nell’hotspot di Lampedusa. Da <i>Kblaifia et al c. Italia</i> a <i>J.a. c. Italia: a never ending story</i>	417
FRANCESCO LUIGI GATTA, La periferia del diritto. Hotspot, zone di transito e centri di trattenimento in frontiera: diritti negati alle porte d’Europa	427

MARILÙ PORCHIA, Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l’hot-spot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU	435
FRANCESCA RONDINE, Al di là della frontiera: la Corte EDU condanna nuovamente l’Italia per il trattamento dei migranti irregolari durante la “crisi” del 2015	443
FRANCESCA RONDINE, <i>H.N. c. Ungheria</i> : la corte EDU ritorna sul trattamento dei richiedenti asilo in occasione del loro ingresso sul territorio	451

LE GARANZIE PROCEDURALI

FLAVIO VALERIO VIRZI, La Corte EDU nel caso <i>Poklikayew</i> : le garanzie procedurali dello straniero dinanzi al segreto per ragioni di sicurezza nazionale	461
MARCO MAGRI, Il diniego di atti autorizzatori in materia migratoria: la rilevanza delle sopravvenienze	469
LAURA PERGOLIZZI, Termine di impugnazione ed efficacia del provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale	477
STEFANIA DALL’OGLIO, Sì alla conversione in lavoro del permesso di soggiorno per protezione speciale richiesto direttamente al Questore	487
CRISTIANA LAURI, Itinerari della giurisprudenza amministrativa in materia di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo	493
LORENZO BERNARDINI, Una sentenza non tradotta, un “pregiudizio effettivo” non dimostrato: verso la relativizzazione dell’assistenza linguistica?	501

LE ALTRE FORME DI TUTELA

GIORGIA BALDI, Gendering the Shamima Begum case: “Jihadi brides” and the victim/perpetrator dichotomy	511
ILARIA NIGRO, Riconoscimento dello status di rifugiato alle donne vittime di tratta	519
MARILÙ PORCHIA, La fine del <i>délit de solidarité</i> ? Il Tribunale di Bologna rimette alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sulla criminalizzazione del favoreggiamento dell’ingresso irregolare di stranieri	529
FRANCESCA TASSINARI, Il rifiuto di (re)ingresso in frontiera dei soggiornanti di lungo periodo in Italia	537
FRANCESCO LUIGI GATTA, La banalità dell’espulsione: il nuovo Comitato <i>ad hoc</i> sull’immigrazione istituito dalla Corte EDU	543

INTRODUZIONE

Il Volume prosegue la serie degli Annuari dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), giunta alla quarta edizione e destinata a raccogliere gli scritti pubblicati di anno in anno nell'ADiM Blog. Nato come spazio *on-line* di confronto interdisciplinare tra studiosi delle migrazioni e dell'asilo, il Blog è ormai riconosciuto, non solo in Italia, come importante sede di dialogo tra l'area giuridica e le altre scienze sociali in tale settore. Gli scritti ivi pubblicati nel 2023, qui raccolti, testimoniano la ricchezza del dibattito scientifico che il Blog attrae, nonché la centralità dei temi trattati nell'agenda politica nazionale ed europea.

Come di consueto, in questa introduzione si passano in rassegna i più rilevanti interventi legislativi e provvedimenti giurisdizionali adottati, sul piano interno e sovranazionale, in tema di immigrazione e asilo nel corso del 2023 e analizzati nei contributi raccolti in questo volume.

L'anno è stato, anzitutto, segnato da una decisiva accelerazione dei negoziati sul pacchetto di misure legislative racchiuse nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. L'iter di approvazione di quelle misure, concluso con il voto del Parlamento europeo del 10 aprile 2024, ha sancito l'inizio di un nuovo corso per l'Unione europea in materia di politiche di migrazione e gestione dei confini. La riforma, avviata con la Comunicazione sul Nuovo Patto del 23 settembre 2020 (COM(2020)609 final), dovrebbe, tra l'altro, garantire un più efficace controllo delle frontiere esterne dell'UE, attraverso un'apposita fase di *screening* (Regolamento UE 2024/1356) e il potenziamento della banca dati Eurodac (Regolamento UE 2024/1358); assicurare procedure di asilo (Regolamento UE 2024/1348) e rimpatrio (Regolamento UE 2024/1349) più rapide; fornire agli Stati membri gli strumenti necessari per rispondere in maniera tempestiva alle situazioni di crisi (Regolamento UE 2024/1358); rendere disponibili strumenti di solidarietà e promuovere un approccio strategico alla gestione dell'asilo e della migrazione a livello nazionale ed europeo (Regolamento UE 2024/1351). Una delle misure-chiave dell'intera riforma è, poi, la generalizzazione della procedura di asilo con trattenimento alla frontiera esterna dell'Unione europea (c.d. procedura di frontiera): finalizzata a prevenire i movimenti secondari di alcune categorie di richiedenti asilo e assicura-

re la tempestività di un eventuale loro rimpatrio, tale procedura prefigura la detenzione amministrativa dei migranti su larga scala e sarà, perciò, uno dei principali banchi di prova della tenuta dei diritti fondamentali e della *rule of law* in Europa.

In parallelo all'approvazione del Patto, l'Unione europea ha intensificato la cooperazione con i Paesi di origine e transito dei flussi migratori allo scopo di prevenire l'arrivo di migranti irregolari ai confini degli Stati membri. Nel luglio 2023, l'Unione europea ha firmato un *Memorandum of Understanding* con la Tunisia¹, che prevede una più stretta collaborazione nel settore della migrazione. Un accordo simile è stato siglato anche con l'Egitto nel marzo 2024². Anche su questo versante, non mancano le voci critiche³, che segnalano come tali accordi, per lo più informali, siano sottratti a un effettivo scrutinio democratico da parte del Parlamento e siano ispirati a una logica di polizia delle frontiere che fatalmente va a detrimento delle tutele da garantire a migranti e richiedenti asilo.

La tipologia più classica di accordi di esternalizzazione in materia di protezione dei richiedenti asilo – l'accordo tra il Regno Unito e il Ruanda del 2022 – è stata censurata dalla Corte suprema britannica. I giudici del Regno Unito, con sentenza del 15 novembre 2023, hanno dichiarato l'illegittimità dell'accordo, chiarendo che il Ruanda non può essere qualificato Paese terzo sicuro ai fini dell'applicazione delle norme in materia di protezione internazionale. Gli sviluppi successivi dimostrano l'insostenibilità giuridica di questo modello di *asylum offshoring*.

Sul versante nazionale, rilevanti interventi normativi sono stati adottati in risposta a uno dei più terribili naufragi degli ultimi anni, avvenuto al largo delle coste calabresi, e a un aumento significativo degli sbarchi⁴. I numerosi contributi del Blog ruotano attorno a quattro novità principali: le nuove regole sulle attività di ricerca e soccorso in mare; le restrizioni al diritto d'asilo del cd. decreto Cutro; l'introduzione in via obbligatoria della procedura di frontiera; la stipula di accordi per l'esternalizzazione delle procedure di asilo.

Il 2023 si è aperto con l'introduzione del Codice di condotta alle navi

¹ Commissione europea, *Memorandum of Understanding on a strategic and global partnership between the European Union and Tunisia*, Press Release, 16 luglio 2023.

² Commissione europea, *Joint declaration on the strategic and comprehensive partnership between the Arab Republic of Egypt and the European Union*, Press Release, 17 marzo 2024.

³ DAVID CANTOR ET AL., *Externalization, access to territorial asylum and International Law*, (2022) 34 (1), 120-156.

⁴ ISPI, *Migranti e migrazioni in Italia: la dashboard con tutti i numeri*, 21 settembre 2023.

ONG impegnate in attività di ricerca e soccorso: il d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 15, è intervenuto sul d.l. n. 130/2020, introducendo specifiche condizioni per la legittimità delle operazioni di ricerca e soccorso (su tutte, il cd. divieto di soccorsi multipli) e nuove sanzioni amministrative.

La tragedia di Cutro ha fornito l'occasione (i presupposti di necessità e urgenza) per l'adozione del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito in legge 5 maggio 2023 n. 50, con nuove disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare. Si tratta di un denso apparato di regole che intervengono in più ambiti: l'ingresso per motivi di lavoro, con le prime quote di ingresso per i rifugiati-lavoratori e la semplificazione del procedimento di adozione del decreto di programmazione triennale previsto dall'art. 3 d.lgs. n. 286/1998; l'ampliamento della rete di centri hotspot e il potenziamento dei centri di permanenza per i rimpatri; la ridefinizione delle categorie di persone ammesse nel Sistema di accoglienza e integrazione (SAI); la riduzione delle garanzie a fini di accelerazione della procedura espulsiva; l'eliminazione di talune ipotesi legittimanti il rilascio di una protezione speciale; l'ampliamento delle cause di inammissibilità della domanda d'asilo e di trattenimento dei richiedenti; l'inasprimento della risposta penale per chi sia coinvolto nel traffico di migranti ovvero compia atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio nazionale.

Il risultato è duplice: da un lato, un tentativo di potenziamento dei canali regolari di ingresso per motivi di lavoro; dall'altro, una evidente stretta nei confronti delle migrazioni spontanee, anche se dettate da ragioni umanitarie, che attraversa i segmenti dell'asilo, dell'espulsione, del trattenimento e della reazione penale.

La seconda metà del 2023 è stata caratterizzata dall'introduzione di nuovi istituti nella gestione delle frontiere. Con decreto del 14 settembre 2023, il Ministro dell'interno ha introdotto l'istituto della garanzia finanziaria (c.d. cauzione), disciplinato come misura alterativa al trattenimento del richiedente asilo nell'ambito della c.d. procedura di frontiera. Tale procedura – già prevista come facoltativa nella direttiva accoglienza (2013/33/UE) e nella direttiva procedure (2013/32/UE), ma divenuta applicabile in Italia solo con legge 5 maggio 2023, n. 50 – prevede il trattenimento del richiedente allo scopo di accertarne il diritto a entrare nel territorio dello Stato, a meno che questi non consegna il passaporto o non presti, appunto, idonea garanzia finanziaria. L'introduzione della c.d. cauzione ha generato una forte reazione, in particolare

da parte del Tribunale di Catania⁵, che ha disapplicato la normativa interna per asserito contrasto con il diritto UE⁶ e non ha convalidato i provvedimenti di trattenimento del Questore.

Ne è seguito un ricco dibattito, alimentato da vari interventi ospitati nel Blog di ADiM. Al centro dell'attenzione è tornato il tema della disapplicazione delle norme nazionali asseritamente in contrasto con il diritto UE e, più in particolare, a quali condizioni i giudici comuni possano farvi ricorso senza compromettere l'equilibrio tra i poteri dello Stato. Chiamata a dirimere il conflitto interpretativo (e istituzionale) così insorto, la Corte di Cassazione⁷ ha sottoposto la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. La decisione di quest'ultima di non pronunciarsi in via di urgenza ha, però, determinato una situazione di stallo: la dubbia legittimità della disciplina della c.d. cauzione ha reso, di fatto, inapplicabile la procedura di frontiera. Per superare l'*impasse*, con un successivo decreto (del 10 maggio 2024), il Governo ha riformulato la disciplina della garanzia finanziaria. Non resta che attendere una nuova messa alla prova dell'istituto, anche nell'ambito delle procedure di frontiera che saranno presto avviate in Albania.

Con l'Albania, infatti, l'Italia ha stipulato, lo scorso 6 novembre 2023, un Protocollo per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, poi ratificato con la legge del 21 febbraio 2024, n. 14. Sul piano politico, l'accordo italo-albanese ha attratto l'interesse di altri Paesi dell'Unione, come possibile modello di attuazione delle procedure di frontiera, tassello fondamentale del Nuovo Patto. Sul piano giuridico, si tratta di un accordo atipico, perché diversamente dagli accordi classici di esternalizzazione dell'asilo (c.d. *asylum offshoring*), non prefigura una fuga dalle responsabilità. L'estensione della giurisdizione italiana a una porzione del territorio albanese, accompagnata dalla realizzazione di siti di sbarco, procedure di *screening* e detenzione, è finalizzata a disincentivare gli arrivi, effettuando al di fuori del territorio italiano le procedure di frontiera (e, forse, di rimpatrio) dei richiedenti asilo con minori possibilità di ottenere protezione. I principali profili problematici attengono alla tutela della libertà personale e del diritto di difesa dei richiedenti, nonché all'effettivo rispetto del diritto nazionale e dell'Unione nell'ambito delle procedure che si svolgono al di fuori del territorio italiano.

⁵ Si vedano i decreti del Tribunale ordinario di Catania, 29 settembre 2023, R.G. 10460/2023; 29 settembre 2023, R.G. 10461/2023; 8 ottobre 2023, R.G. 10798/2023.

⁶ In particolare, con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE.

⁷ Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanze interlocutorie dell'8 febbraio 2024, nn. 3562 e 3563.

Sul versante della giurisprudenza costituzionale, nel 2023 la Corte ha arricchito la sua giurisprudenza sulle prestazioni sociali e sugli automatismi, e ha affrontato nuove questioni in ambito giuslavoristico.

In tema di diritti sociali, la Corte è intervenuta sulle condizioni di accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, dichiarando l'incostituzionalità di due leggi regionali, poiché la condizione di previa residenza quinquennale non presentava un nesso ragionevole con la situazione di bisogno o di disagio alla base del servizio sociale in questione (sentenze n. 77 e 145 del 2023).

Con la pronuncia n. 88 del 2023, la Corte è tornata sul tema degli automatismi espulsivi, ritenendo manifestamente irragionevole l'esclusione automatica del rinnovo del permesso di soggiorno per chi commetta reati legati alla vendita di prodotti contraffatti (art. 474 c.p.) e di stupefacenti (art. 73, c. 5, d.P.R. n. 309 del 1990). L'automatismo è stato censurato per la sua contrarietà al principio di proporzionalità, stante la mancata previsione di una valutazione della situazione concreta del richiedente in relazione al percorso di inserimento svolto nella società.

Con decisione n. 149 del 2023, la Corte è altresì intervenuta sulla procedura di emersione del lavoro irregolare, dichiarando illegittimo l'art. 103, co. 1, d.l. 34/2021, come conv., nella parte in cui prevede che la domanda di emersione possa essere presentata da datori di lavoro stranieri soltanto se in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, e non anche se regolarmente soggiornanti in Italia. Secondo la Corte, tale distinzione è irragionevole, considerata la duplice finalità dell'emersione, che è, da un lato, quella di tutelare le parti del singolo rapporto di lavoro (scopo socialmente apprezzabile) e, dall'altro, di promuovere la regolarità e trasparenza del mercato del lavoro (che risponde a un interesse pubblico generale).

Un cenno merita la sentenza n. 212 del 2023, in tema di limitazione della libertà personale del richiedente asilo. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con riferimento all'art. 6, co. 5, d.lgs. n. 142/2015, nella parte in cui implicherebbe che il termine di 48 ore per la convalida del trattenimento «decorra, anche nel caso di trattenimento disposto ai sensi dell'art. 6 c. 3 d.lgs. 142/2015, dall'adozione del provvedimento con cui il questore dispone il trattenimento e non dal momento in cui si considera avere il soggetto trattenuto acquisito la qualità di richiedente protezione internazionale». La Corte ha ritenuto la questione inammissibile, per manifesta infondatezza, ribadendo il pieno potere del giudice di valutare l'eventuale carenza del titolo restrittivo, in relazione ai termini massimi dei trattenimenti, «allo scopo di evitare che essi si prolunghino indefinitamente, anche a causa di prassi applicative distorte».

Tra Lussemburgo e Strasburgo, anche nel corso del 2023 la giurisprudenza in materia di tutela dei diritti umani dei migranti si è arricchita di numerose pronunce delle Corti europee.

Un ruolo cruciale nel pattugliamento delle frontiere esterne dell'Unione europea viene svolto da Frontex, la cui responsabilità per le azioni condotte nell'assolvimento delle sue funzioni è stata oggetto di una controversa sentenza della Corte di giustizia. Il caso *W.S. e altri c. Frontex* riguardava un gruppo di cittadini siriani arrivati nell'ottobre 2016 sul territorio greco per richiedere protezione internazionale. Una volta rifiutata la loro domanda, erano stati successivamente allontanati verso la Turchia con un'operazione coordinata dalle autorità greche e da Frontex. I soggetti coinvolti hanno fatto ricorso, lamentando la violazione dei loro diritti fondamentali in seguito all'operato dell'agenzia europea e chiedendo il risarcimento dei danni patiti. La Corte di giustizia ha però negato qualsiasi profilo di responsabilità di Frontex, poiché questa non ha alcun potere decisionale in merito alle operazioni di rimpatrio o alla valutazione delle domande di protezione internazionale. Secondo i giudici di Lussemburgo, l'operato dell'agenzia europea non può aver causato direttamente il pregiudizio asserito dai ricorrenti siriani.

Quanto alla Corte Edu, invece, le sentenze in tema di immigrazione adottate nel 2023 confermano gli orientamenti giurisprudenziali già consolidati. Si segnalano, tra le altre, le condanne nei confronti dell'Italia per le politiche e le pratiche attuate nell'*hotspot* di Lampedusa. In particolare, le violazioni della Cedu da parte dell'Italia derivano dalle condizioni di detenzione dei migranti nell'*hotspot*, dalla carente base normativa del trattenimento e dalle modalità di esecuzione delle espulsioni, contrarie al divieto di espulsioni collettive⁸. Pronunce simili sono stata adottate nei confronti di Malta, Grecia e Ungheria⁹. Inoltre, la Corte Edu in varie occasioni ha ribadito l'obbligo degli Stati di conformarsi a uno standard di diligenza maggiore per la tutela delle categorie

⁸ Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *M.A. v. Italy*, ric. n. 13110/18; Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *A.B. v. Italy*, ric. n. 13755/18; Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *A.S. v. Italy*, ric. n. 20860/20; Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. and Others v. Italy*, ric. n. 21329/18.

⁹ Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *M.A. and Others v. Hungary*, ric. n. 58680/18; Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *P.S. and A.M. v. Hungary*, ric. n. 53272/17; Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *O.Q. v. Hungary*, ric. n. 53528/19; Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *E.F. v. Greece*, ric. n. 16127/20; Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2023, *A.D. v. Malta*, ric. n. 12427/22.

di migranti vulnerabili, tra cui i minori, le donne e i malati¹⁰. Nella sentenza *Poklikayen c. Polonia*, poi, la Corte Edu ha confermato la sua tendenza garantista rispetto alla tutela dei diritti procedurali dei migranti regolari¹¹.

L'elemento di maggiore novità riguardante la Corte di Strasburgo consiste nell'istituzione nel luglio del 2023 di un Comitato *ad hoc* sull'immigrazione, incaricato di decidere «*cases on immigration matters falling within the Court's well-established case-law*». Il Comitato è composto da tre giudici e opera, quindi, nella formazione più semplice della Corte. Risponde così all'esigenza di smaltire il contenzioso in ambito di immigrazione. Tuttavia, la regolamentazione della procedura davanti al Comitato solleva un problema di potenziale riduzione delle garanzie a tutela dei ricorrenti.

Il 2023 ha altresì confermato il ruolo centrale delle ONG nel monitorare il rispetto da parte degli Stati degli obblighi internazionali in materia di ricerca e salvataggio. A tal riguardo, l'Annuario accoglie due contributi che mettono in luce l'importante funzione di monitoraggio esercitata dalle ONG sulle operazioni condotte alle frontiere dalle autorità greche e italiane.

Il nuovo anno sarà caratterizzato dall'avvio del processo di attuazione delle novità normative introdotte dal Nuovo patto, dall'impiego sempre più sistematico di sistemi di intelligenza artificiale alle frontiere e nelle politiche di immigrazione e di asilo, nonché dalla ricerca di soluzioni sostenibili per l'attuazione dell'Accordo italo-albanese. Da questi e altri sviluppi deriveranno nuove sfide giuridiche, che la comunità scientifica sarà chiamata ad affrontare, con il supporto, se vorrà, del Blog e dell'Annuario di ADiM.

Buona lettura!

I Curatori

¹⁰ Si veda in particolare Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *E.F. v. Greece*, ric. n. 16127/20, par. 36.

¹¹ Corte Edu, sentenza 22 giugno 2023, *Poklikayew c. Polonia*, ric. n. 1103/16.

PARTE I

LE TENDENZE EUROPEE E INTERNAZIONALI

L'APPROVAZIONE DEL NUOVO PATTO

IL RILANCIO DEL PATTO UE SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO: PERCHÉ L'ITALIA HA MESSO D'ACCORDO (QUASI) TUTTI GLI STATI MEMBRI

Mario Savino *

SOMMARIO: 1. Un passaggio politico importante. – 2. Il “braccio di ferro” tra Italia e Germania sul concetto di Paese terzo sicuro. – 3. Verso una procedura di frontiera sostenibile? – 4. La strategia italiana per evitare il fallimento della riforma.

1. *Un passaggio politico importante*

L'8 giugno, il Consiglio Affari interni (GAI) ha definito il proprio “approccio generale”¹ su due *dossiers* chiave del pacchetto di riforma delle norme dell'Unione in tema di asilo e immigrazione: le proposte di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione² e sulla procedura comune di protezione internazionale³. Con l'opposizione di Polonia e Ungheria (ribadita anche nel Consiglio europeo del 30 giugno) e l'astensione di Bulgaria, Lituania, Malta e Slovacchia, i governi nazionali hanno così trovato una difficile intesa sulla posizione negoziale da difendere nel seguito delle negoziazioni con il Parlamento europeo in seno ai c.d. triloghi.

L'accordo raggiunto è importante perché sblocca un'*impasse* che durava da quasi tre anni. Nel presentare la riforma⁴, dopo un anno di lavoro e in-

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Toscana.

¹ Su cui v. qui: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/06/08/migration-policy-council-reaches-agreement-on-key-asylum-and-migration-laws/>.

² Proposta di Regolamento del 23 settembre 2020 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], COM(2020) 610 final. Si v. anche il testo modificato, disponibile qui: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10443-2023-INIT/en/pdf>.

³ Proposta modificata di Regolamento del 23 settembre 2020 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final. Il testo modificato è disponibile qui: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10444-2023-INIT/en/pdf>.

⁴ Comunicazione del 23 settembre 2020 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020) 609 final.

terlocuzioni con le capitali, la Commissione von der Leyen aveva ingenerato l'aspettativa di un rapido esito positivo, dopo il fallimento della legislatura precedente, conclusasi senza l'approvazione del pacchetto di riforme sull'asilo proposte nel 2016. Invece, sono ben presto emerse divaricazioni tra i governi e il negoziato è entrato in una fase di stallo. Un nuovo fallimento in questa legislatura avrebbe rappresentato un *vulnus* rilevante per la credibilità dell'Unione e delle sue istituzioni. Così, dopo che lo scorso 28 marzo il Parlamento ha definito la propria posizione negoziale⁵, nell'ultimo Consiglio GAI gli Stati membri hanno raggiunto un compromesso che modifica la prognosi. Si dischiude, così, la possibilità di approvare le proposte del Patto prima dello scioglimento del Parlamento europeo per le elezioni di giugno 2024.

L'accordo segnala anche, a suo modo, un ritrovato "spirito europeo", la disponibilità di una ampia maggioranza di Stati a contemperare il loro interesse con quello dell'Unione. Nel primo anno e mezzo, i lavori sui vari *dossiers* del Patto erano rimasti prigionieri di posizioni nazionali divaricate, ciascuna a suo modo "difensiva". Da un lato, i Paesi dell'Europa centro-settentrionale, portatori dell'istanza principale, sintetizzata dalla Commissione nel baratto tra solidarietà e responsabilità: misure permanenti di solidarietà verso gli Stati di primo ingresso in cambio di un impegno di questi ultimi a prevenire i c.d. movimenti secondari con controlli più stringenti alle frontiere esterne e il trattenimento dei richiedenti con minori chance di ottenere protezione (c.d. procedura di frontiera). Dall'altro, i Paesi mediterranei (Italia, Spagna, Grecia, Cipro e Malta – i c.d. MED-5), in posizione di diffidente attesa, restii ad accettare queste maggiori responsabilità senza un impegno preciso dei partner sul versante della condivisione degli oneri. Dall'altro ancora, i Paesi di Visegrad, pregiudizialmente ostili a qualsiasi accordo che preveda forme di solidarietà obbligatoria.

Dal 2022, tre fattori hanno contribuito a sbloccare l'*impasse*. Prima, l'arrivo di milioni di profughi (soprattutto) nei Paesi di Visegrad ne ha a suo modo legittimato l'autoesclusione dal dibattito: resta l'opposizione di principio di Polonia e Ungheria alla solidarietà obbligatoria, ma la solidarietà flessibile prefigurata dal Patto consentirà loro di contribuire finanziariamente, senza dover accettare ricollocazioni.

Poi, durante la Presidenza di turno della prima metà del 2022, la Francia ha profuso uno sforzo decisivo nel rilanciare i negoziati. Da un lato, ha opta-

⁵ Si v. la press release disponibile al seguente link: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230419IPR80906/asylum-and-migration-parliament-confirms-key-reform-mandates>.

to per un approccio “*step-by-step*”, coraggiosamente orientato ad affrontare i nodi principali sul piano politico prima che nei tavoli tecnici. Dall'altro, ha dato prova di concretezza sul versante della solidarietà, propiziando un accordo preliminare sulla ricollocazione, fortemente voluto dal governo Draghi e sottoscritto, lo scorso 10 giugno 2022, da ben 21 Stati membri⁶.

Quindi, nell'ultimo anno, gli sviluppi di politica interna hanno affievolito la resistenza dei MED-5 rispetto alla linea rigoristica del Patto. In Grecia, le recenti elezioni (21 maggio e 25 giugno) hanno premiato la linea dura del governo sui migranti. In Spagna, le imminenti elezioni (23 luglio 2023) indeboliscono il governo socialista proprio durante la Presidenza semestrale del Consiglio e la fase finale delle negoziazioni. Infine, dopo il passaggio di consegne avvenuto in Italia nell'autunno scorso, il nuovo governo Meloni ha gradualmente spostato l'attenzione dai nodi relativi alle misure di solidarietà (al centro dell'azione del governo Draghi) al problema della collaborazione con i Paesi terzi di transito. Questo cambiamento di priorità trova conferma sia nella decisione di accettare anticipatamente la sistematica applicazione della procedura di frontiera, a lungo avversata⁷; sia nella definizione di una aggressiva strategia negoziale, che il Consiglio GAI dell'8 giugno sembra aver premiato.

2. *Il “braccio di ferro” tra Italia e Germania sul concetto di Paese terzo sicuro*

Secondo le cronache della riunione-fiume del Consiglio⁸, gli Stati membri hanno raggiunto un'intesa su due versanti rilevanti, riconducibili – come si vedrà – a una strategia unitaria.

Il primo riguarda l'ampliamento della nozione di Paese terzo “sicuro”, da cui dipendono sia i tempi della procedura di asilo (accelerata, appunto, per chi provenga da un Paese terzo sicuro), sia la fattibilità del conseguente rimpatrio. A quest'ultimo riguardo, in base alla proposta della Commissione, il rimpatrio sarebbe possibile soltanto verso un Paese terzo col quale il richiedente denegato abbia una specifica «connessione», comprovata dalla presenza di familiari o da un pregresso periodo di soggiorno. L'Italia ha insistito per un ampliamento

⁶ L'accordo è consultabile al seguente link: <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2022/06/09-10/>.

⁷ Art. 7-*bis* del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, introdotto dalla l. 5 maggio 2023, n. 50 di conversione.

⁸ Su cui v. *EU Council agreement on asylum and migration management and on asylum procedure*, in *Agence Europe*, 8 giugno 2023; G. SORGI, J. BARIGAZZI, *EU countries agree to major migration deal*, in *Politico*, 8 giugno 2023.

della nozione, così da poter rimpatriare celermente i richiedenti denegati anche verso Paesi terzi *di mero transito*.

Nonostante le riserve giuridiche della Francia e l'opposizione di principio del governo tedesco, incalzato da un dibattito interno alla sua coalizione che da mesi segnala le eccessive concessioni alla linea rigorista sul Patto, al termine di lunghe trattative l'Italia ha avuto la meglio. Il risultato provvisorio è un testo modificato, che include una nozione pericolosamente diluita di Paese terzo sicuro. In base alle modifiche accolte dai ministri dell'interno, a ciascuno Stato membro è riconosciuto il potere di stabilire se esista una connessione, anche sulla base di presupposti ulteriori (per ora indeterminati), che renda «ragionevole» l'allontanamento del richiedente in un Paese terzo anche di transito⁹.

L'evidente forzatura giuridica risponde a una logica analoga a quella dell'accordo UE-Turchia del 2016: ottenere dall'Unione la copertura giuridica e politica necessaria per rafforzare la cooperazione con la Tunisia, Paese chiave per i flussi verso l'Italia e unico partner con il quale al momento esiste un accordo di riammissione efficace. Non a caso, nella stessa riunione l'Italia ha ottenuto dalla presidente della Commissione e dal primo ministro olandese la disponibilità ad accompagnare Giorgia Meloni nella visita della domenica successiva al governo tunisino.

3. *Verso una procedura di frontiera sostenibile?*

Altrettanto rilevanti sono le modifiche varate dal Consiglio sul versante della procedura di asilo e rimpatrio da svolgere alla frontiera (c.d. procedura di frontiera). L'obbligatorietà di questa procedura è probabilmente la novità più importante e più controversa dell'intera riforma: respinta dal Parlamento nel suo mandato negoziale, date le sue notevoli implicazioni coercitive, è stata però riaffermata dagli Stati membri nella riunione dell'8 giugno. L'estensione esatta dell'obbligo sarà decisa nei triloghi, ma il ritorno al regime vigente di facoltatività sembra potersi escludere, trattandosi di un architrave dell'intero progetto di riforma.

Funzionale a impedire i movimenti secondari dei migranti in arrivo verso altri Stati membri, la procedura comporta la detenzione del richiedente per l'intera durata dell'esame della domanda di protezione (che deve terminare entro 12 settimane, estensibili a 16) e della fase di eventuale rimpatrio (da concludersi entro le successive 12 settimane, per un totale massimo di 7 mesi di trattenimento: artt. 41c e 41g). Al momento facoltativa, la procedura diven-

⁹ Cons. 37 e art. 45(2b)(b) della proposta modificata.

terebbe obbligatoria quando il richiedente abbia fornito false informazioni o documenti, rappresenti una minaccia per la sicurezza, o appartenga a uno Stato terzo per il quale il tasso di accoglimento delle richieste di asilo sia inferiore al 20% al livello europeo (art. 41b(1)).

Le modifiche ottenute dall'Italia mirano a mitigare l'impatto amministrativo di una procedura detentiva applicata su così larga scala. Oltre alla disponibilità di risorse comuni per la realizzazione delle infrastrutture necessarie (art. 59b), il Consiglio GAI ha accolto l'idea di collegare il concetto di "adeguata capacità" nello svolgimento delle procedure di frontiera a un "tetto" europeo annuale (di 30 mila procedure annue da processare in frontiera: art. 41ba), a sua volta ripartito in "tetti" nazionali crescenti, calcolati sulla base di indicatori collegati principalmente al numero di arrivi irregolari (art. 41bb). Una volta superato il proprio "tetto", ciascuno Stato sarebbe di nuovo libero di processare le richieste di asilo con modalità diverse da quelle di frontiera, cioè con l'ordinaria procedura di accoglienza (art. 41bc).

Dal punto di vista degli Stati membri frontalieri più esposti agli arrivi, come l'Italia, questo complesso sistema di "tetti" all'utilizzo obbligatorio della procedura comporterebbe un duplice beneficio. Innanzitutto, consentirebbe loro di avviare un processo di adeguamento, anche infrastrutturale, graduale, con obiettivi amministrativi incrementali predeterminati anno per anno dalla Commissione, senza il rischio di incorrere precocemente in procedure di infrazione. Inoltre, creerebbe le premesse per applicare la procedura di frontiera in via prioritaria (e quindi selettiva) ai richiedenti denegati effettivamente "rimpatriabili" verso Paesi terzi sicuri (art. 41a).

Il collegamento tra le due modifiche ottenute dall'Italia diviene, così, evidente: una nozione di Paese terzo sicuro più elastica, comprensiva anche dei Paesi di transito, consentirebbe all'Italia di applicare la procedura di frontiera principalmente nei confronti dei migranti che transitino dalla Tunisia.

4. *La strategia italiana per evitare il fallimento della riforma*

Con il Consiglio GAI dell'8 giugno, il governo italiano sembra avere assunto un inedito ruolo di guida dei negoziati sul Patto. L'esito è tanto più sorprendente se si considerano gli iniziali passi falsi del governo Meloni con la Francia¹⁰ e la diffidenza che ancora in parte circonda il nuovo esecutivo

¹⁰ Su cui sia consentito rinviare a M. SAVINO, *Il passo falso del Governo Meloni sulle navi ONG e il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione*, in G. DEL TURCO, C. MILANO, M. SAVINO, M. TUOZZO, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 15 ss.

italiano sul tema migratorio. Tuttavia, le dichiarazioni dei diplomatici europei raccolte dalla stampa a margine del Consiglio («Politically it's impossible to go ahead without Italy», «A migration pact without Italy is not worth the paper it's written on») lasciano pochi dubbi sulla rilevanza assunta dalla posizione dell'Italia¹¹.

Per tentare di spiegare questo esito, si può partire dalla seguente constatazione: la riforma prevista dal Patto, radicalizzando le scelte coercitive e di contenimento compiute in passato, comporterà costi elevati. Quei costi ricadranno sui migranti, perché la compressione dei loro diritti fondamentali sarà drastica, tanto sul versante della libertà personale (sistematicamente compressa alla frontiera), quanto sul versante del diritto di asilo (svuotato di decisive garanzie sul piano procedurale). Ma ricadranno anche sui cittadini dei Paesi frontalieri come l'Italia (basti pensare all'impatto sulle comunità locali nei luoghi di trattenimento in frontiera e alle risorse necessarie per strutturare un sistema detentivo su larga scala, al momento inesistente). E ricadranno sull'immagine complessiva dell'Unione come sistema di *rule of law* capace di assicurare un grado elevato di tutela dei diritti umani e di civiltà giuridica.

Già oggi, tali costi appaiono, almeno a una parte degli osservatori, difficili da accettare, soprattutto se comparati con quelli derivanti dal regime della protezione temporanea¹², attivato nel 2022 per far fronte alla crisi ucraina. Lì, un modello imperniato sulla semplificazione delle procedure amministrative e sulla libera circolazione nell'area Schengen, dunque opposto a quello prefigurato dal Patto¹³, ha tuttavia funzionato. La gestione "liberale" di milioni di profughi non ha paralizzato i sistemi di accoglienza nazionali, né generato una nuova "crisi dei rifugiati".

Giunti a questo punto della legislatura, ripensare i contenuti del Patto non sarebbe stato possibile, mancando il tempo e la disponibilità politica della maggioranza dei governi europei. D'altra parte, però, andare avanti sulla strada rigorista significa per quegli stessi governi dover raggiungere risultati che giustifichino, agli occhi dei cittadini europei, l'imponente conto da pagare per l'attuazione. Significa, quindi, provare ad affrontare, prima che sia troppo tardi, il principale rischio di fallimento della riforma: un rischio noto, ma spes-

¹¹ V. G. SORGI, J. BARIGAZZI, *cit.*

¹² Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

¹³ Cfr. D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians: The Unexpected Renaissance of 'Free Choice'*, in *EU Migration Law Blog*, 7 marzo 2022.

so sottaciuto, legato alla politica dei rimpatri. È qui che la “visione” italiana sembra essere giunta tempestivamente in soccorso.

Il trattenimento in frontiera dei richiedenti asilo, si è detto, è essenziale per limitare i movimenti secondari verso gli Stati membri dell'Europa centro-settentrionale, ispiratori del Patto. Ma il trattenimento in frontiera può funzionare soltanto secondo il modello delle “porte girevoli”, cioè se la procedura si conclude con l'effettivo e celere rimpatrio di un'alta percentuale dei migranti ad essa sottoposti. Se, invece, il rimpatrio tarda, la pressione sui centri di detenzione aumenta. E se non avviene entro tre mesi dal rigetto della domanda, la procedura di frontiera cessa, lasciando il richiedente denegato libero – non giuridicamente, ma in via di fatto – di spostarsi nell'area Schengen. La tradizionale inefficacia della politica dei rimpatri può, dunque, vanificare la procedura di frontiera e, con essa, gli obiettivi complessivi della riforma, riportando il sistema europeo allo *status quo ante*.

Rispetto a questo elevato rischio di fallimento della riforma¹⁴, la strategia proposta dal governo italiano – non innovativa e certamente controversa, ma a suo modo lucida – sembra offrire all'Europa una possibile via di uscita. Dopo la chiusura nel 2016 della “falla” greca, grazie all'accordo con la Turchia, la penisola italiana è divenuta il principale corridoio di transito dei flussi migratori spontanei verso l'Europa. Il governo italiano ha avuto il merito di chiarire ai partners che sarà in grado di fare la propria parte, cioè prevenire i movimenti secondari, soltanto se la procedura di frontiera sarà applicata in modo graduale e su scala limitata: la sua sostenibilità dipenderà, soprattutto, dalla costruzione di un efficiente sistema di rimpatri verso la Tunisia, che è nell'interesse non solo dell'Italia ma dell'intera Unione.

Si spiegano forse così – più che in termini di vittoria degli Stati rigoristi sulla Germania e sui MED-5¹⁵ o di irresistibile prevalenza di una logica di pura coercizione¹⁶ – le concessioni che il Consiglio GAI ha fatto all'Italia. L'obiettivo condiviso sembra ora essere la costruzione di un sistema di trattenimento

¹⁴ Come sottolineato da G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Commission's New Pact on Migration and Asylum: A case of politics outplaying rationality?*, in *European Law Journal*, Vol. 26, Issue 3-4, p. 181 ss.

¹⁵ V. C. WOOLLARD, *Migration Pact Agreement Point by Point*, in *ECRE*, 9 giugno 2023.

¹⁶ Tra i tanti, v. G. CAMPESI, *Le conseguenze economiche e politiche dell'accordo raggiunto in sede europea su migrazioni e asilo per i Paesi di primo accesso. E quelle in termini di diritti umani per i migranti*, in *Il Mulino*, 15 giugno 2023; J. KIESSLING, I. KIENZLE, *Grenzwertige Grenzverfahren: Zum Zusammenspiel von Asylverfahren an den europäischen Außengrenzen mit dem Konzept Sicherer Drittstaaten*, in *Verfassungsblog*, 8 giugno 2023.

alla frontiera (più) sostenibile, cioè collegato alla effettiva possibilità di rimpatrio verso Paesi terzi sicuri, anche di transito.

Il Consiglio GAI dell'8 giugno conferma, in definitiva, che l'allarme lanciato dall'Italia sulla realizzabilità del progetto di riforma è giunto a Bruxelles. L'applicazione della procedura di frontiera sarà possibile solo con numeri contenuti e rimpatri efficaci. A questo fine, servirà rafforzare la cooperazione con la Tunisia, non soltanto per completare la politica europea di esternalizzazione e contenimento già portata avanti con la Turchia e altri Paesi terzi limitrofi, ma anche e prim'ancora per limitare il principale rischio di fallimento che aleggia sull'attuazione delle nuove norme. Un'idea che, nonostante le scomode implicazioni giuridiche, ha una sua cogenza politico-amministrativa ed è, perciò, con tutta probabilità, destinata a influenzare anche il prosieguo dei negoziati.

L'ULTIMO ATTO: IL NUOVO PATTO SULLA MIGRAZIONE E L'ASILO È (QUASI) LEGGE

Daniela Vitiello*

Lo Stato non crea diritto, lo Stato crea leggi,
e Stato e leggi stanno sotto il diritto

Erich KAUFMANN
Die Gleichheit vor dem Gesetz (1927)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'armonizzazione disarmonizzante – 3. Una *governance* “a cerchi concentrici” – 4. Il *continuum* della detenzione e la (in)sostenibilità amministrativa delle procedure – 5. Dall'esternalizzazione delle frontiere alla de-territorializzazione dell'asilo. – 6. La sfida attuativa e il ruolo dei giudici.

1. *Introduzione*

Oltre tre anni separano l'adozione delle proposte legislative della Commissione in relazione al Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo¹ dall'intesa politica raggiunta dai co-legislatori lo scorso 19 dicembre². Un'intesa frutto di un complesso percorso negoziale, che ha subito una fisiologica accelerazione in chiusura del semestre di presidenza spagnola, ma che conduce a una riforma le cui radici affondano molto più in profondità del contingente³.

* Ricercatrice di diritto dell'Unione europea, Università della Tuscia. Il contributo è stato scritto e pubblicato sul Blog ADiM prima dell'adozione degli atti del Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo.

¹ Commissione europea, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, Bruxelles, 23.9.2020 COM(2020) 609 final.

² Su cui v. Council of the EU, The Council and the European Parliament reach breakthrough in reform of EU asylum and migration system, Press release 20 December 2023; Commission welcomes the major progress achieved by Parliament and Council on the New Pact on Migration and Asylum, 20 December 2023.

³ C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 02/10/2020; M. BORRACCETTI, *Il Nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritti, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021; P. DE BRUYCKER, *Solidarity under EU asylum policy with the New Pact on Migration and Asylum: Deal or Grail?*, in *Medium*, 22 November 2023; U. VILLANI, *I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'fortezza Europa'*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2023.

L'intesa riguarda cinque pilastri del Nuovo Patto: il regolamento sugli accertamenti⁴, noto come regolamento sullo *screening*, e il regolamento Eurodac⁵, sui quali era stato adottato un approccio generale in Consiglio nel giugno 2022⁶, sotto la presidenza francese; il regolamento sulle procedure d'asilo⁷ e il regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione⁸, per i quali i mandati a negoziare sono stati adottati durante il Consiglio GAI del giugno 2023, sotto la presidenza svedese⁹; e, infine, il regolamento crisi e forza maggiore¹⁰, che incorpora una definizione giuridica di "strumentalizzazione" della migrazione e sul quale l'accordo politico in Consiglio¹¹ è stato raggiunto il 4 ottobre 2023 dalla presidenza spagnola¹².

⁴ Regolamento che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 final.

⁵ Regolamento che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818, COM(2020) 614 final.

⁶ Council of the EU, *Asylum and migration: the Council approves negotiating mandates on the Eurodac and screening regulations and 21 states adopt a declaration on solidarity*, Press release 22 June 2022.

⁷ Proposta di regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

⁸ Proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione].

⁹ V. General Secretariat of the Council, *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 2013/32/EU - General approach*, 8 June 2023; General Secretariat of the Council, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund] - General approach*, 13 June 2023.

¹⁰ Proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore dell'immigrazione e dell'asilo.

¹¹ General Secretariat of the Council, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum - Mandate for negotiations with the European Parliament*, 4 October 2023.

¹² Presidency, *Towards the final stage of the Pact on Migration and Asylum – Discussion paper*, 17 December 2023.

Come ben emerge dal parere¹³ del servizio giuridico del Consiglio sulla compatibilità del Nuovo Patto con la “geometria variabile” dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), caratteristica comune agli strumenti legislativi oggetto dell’intesa è l’ibridazione, all’interno di un medesimo atto normativo, di componenti dell’*acquis* di Schengen e di Dublino, di elementi chiave del Sistema europeo comune d’asilo (SECA) e della politica comune di rimpatrio con strumenti tipici del sistema di gestione integrata delle frontiere esterne e delle politiche di *law enforcement*. Questa ibridazione, e le sue conseguenze attuative, fungono, nelle pagine che seguono, da bussola per inquadrare le traiettorie della riforma e le sue possibili implicazioni, sia dal punto di vista della cooperazione tra i livelli di governo delle migrazioni (parr. 1-2), sia in relazione ai contenuti principali dell’accordo (parr. 3-4).

2. *L’armonizzazione disarmonizzante*

La riforma realizza il passaggio da una gestione della migrazione e dell’asilo fondata su un ravvicinamento parziale e incompleto delle legislazioni nazionali, all’armonizzazione pressoché integrale delle procedure d’asilo e di rimpatrio, degli strumenti di gestione della crisi e dei meccanismi di solidarietà. Tale armonizzazione in via legislativa dovrebbe rimediare al deficit di armonizzazione indiretta basata sulla mutua fiducia, aggirando, al contempo, le imponenti trasformazioni politico-istituzionali che la centralizzazione delle procedure d’asilo avrebbe richiesto¹⁴ e i limiti imposti dal trattato (cfr. l’art. 78, par. 2, lett. e), TFUE, sulla competenza statale all’esame delle domande d’asilo). L’armonizzazione, tuttavia, rende obbligatori *standard* procedurali deteriori rispetto a quelli nazionali, in piena continuità con le precedenti “ondate” di armonizzazione delle politiche migratorie europee. Anzi, rispetto a quelle, conduce a un adeguamento del diritto UE alle recenti trasformazioni “a ribasso” intervenute al livello nazionale (su cui v. già la risoluzione del Parlamento europeo¹⁵).

¹³ Council of the European Union, Legal Service, *The proposed new Pact on Migration and Asylum - “Variable geometry” - Schengen and Dublin acquis relevance of components of the proposed Pact*, 19 February 2021.

¹⁴ H. URTH, M. HEEGAARD BAUSAGER, H.-M. KUHN, J. VAN SELM, *Study on the Feasibility and legal and practical implications of establishing a mechanism for the joint processing of asylum applications on the territory of the EU*, 13 February 2013.

¹⁵ Attuazione dell’articolo 43 sulle procedure d’asilo. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sull’attuazione dell’articolo 43 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (2020/2047(INI)).

L'esempio emblematico è quello della procedura di frontiera, che passa dall'essere facoltativa (art. 43 dir. procedure¹⁶) a obbligatoria per tutti i richiedenti asilo – compresi i naufraghi, i vulnerabili e i minori non accompagnati – che rappresentino una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, che si rendano responsabili di condotte abusive ovvero che appartengano a nazionalità per le quali il tasso di riconoscimento delle istanze d'asilo è inferiore al 20% – o al 50%, in caso di crisi – della media annuale Eurostat delle domande accolte in prima istanza (art. 41b reg. procedure¹⁷). Quanto al *due process*, la degradazione dell'obbligo statale di fornire assistenza legale gratuita a mero dovere, regolato da norme interne, di consentire al richiedente di mettersi in contatto con un “*legal adviser*” (art. 8 reg. procedure), sembra abbassare lo standard di effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di frontiera, richiesto dalla Corte¹⁸. Quanto alle condizioni di accoglienza, allo Stato membro è attribuito il potere di trattenere il richiedente in pendenza della decisione sull'autorizzazione all'accesso al territorio, e di protrarre il trattenimento in caso di diniego dell'autorizzazione, con conseguente applicazione del regime speciale delle procedure di frontiera (art. 41h reg. procedure). Questa scelta non pare riflettere la giurisprudenza della Corte sul contenuto normativo del “diritto di rimanere” (art. 9 dir. procedure) e sulla sua intrinseca incompatibilità col ricorso al trattenimento generalizzato dei richiedenti come modalità tipica di gestione dell'accoglienza nelle procedure di frontiera (*Commissione c. Ungheria*¹⁹).

Il regime giuridico applicabile alle nuove procedure di frontiera solleva, pertanto, problemi di coerenza con gli obiettivi del SECA e non pare cristallizzare adeguatamente la giurisprudenza della Corte di giustizia. Si assiste, più in generale, a un'armonizzazione “disarmonizzante”²⁰, che non comprime la discrezionalità statale e non innalza il livello di tutela. Si tratta di una scelta

¹⁶ Direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

¹⁷ General Secretariat of the Council, *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 2013/32/EU - General approach*, 8 June 2023.

¹⁸ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS et al.*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, pt. 290-291.

¹⁹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, pt. 289-293.

²⁰ S. CARRERA ET AL., *Proposal for a regulation addressing situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum, Substitute impact assessment*, European Parliamentary Research Service, 2023, p. 51.

politica maturata in seguito al Consiglio GAI del giugno 2023: adottare modifiche “reattive” della legislazione europea volte a intercettare le traiettorie di riforma delle politiche migratorie nazionali. È questo il caso della nozione di paese terzo sicuro, che viene “disarmonizzata” per conferire maggiore discrezionalità agli Stati membri nella determinazione del criterio di collegamento tra richiedente asilo e paese terzo verso cui espellerlo (cons. 37, reg. procedure). Una soluzione presentata come un indubbio successo negoziale dei Med-5, ma che prelude a un uso ancor più liberale di uno strumento che – come sottolineato dalla recente giurisprudenza italiana di merito²¹ – è in grado di comprimere indiscriminatamente l’accesso all’asilo in Europa.

3. *Una governance “a cerchi concentrici”*

Il superamento della “logica a silos” delle politiche UE dell’immigrazione, dell’asilo e della gestione delle frontiere muove anche da motivi di efficienza amministrativa. Tale obiettivo viene perseguito attraverso una governance che potremmo definire “a cerchi concentrici”, dove il livello più esterno, decentrato, corrisponde all’amministrazione indiretta da parte degli Stati membri, mentre quello più interno all’amministrazione diretta da parte dell’Unione. Pertanto: (i) il cerchio esterno è dato dalle misure di semplificazione e accelerazione delle procedure nazionali; (ii) il cerchio “di mezzo” è rappresentato dalla funzione di raccordo operativo che le agenzie dello SLSG svolgono tra i livelli dell’amministrazione europea integrata; (iii) l’*inner circle* è costituito dai meccanismi centralizzati di solidarietà, mitigazione del rischio e gestione della crisi.

(i) La semplificazione e l’accelerazione delle procedure nazionali è ottenuta, in prima battuta, mediante tecniche procedimentali, come la “connessione” delle decisioni amministrative su asilo e rimpatrio (art. 35a reg. procedure). Ancorché il cumulo in un unico atto amministrativo delle decisioni di diniego dell’asilo e di rimpatrio sia in principio legittimo, deve essere garantito l’effetto sospensivo del ricorso in primo grado (*Gnandi*²²). Il nuovo regolamento procedure²³ limita questa tutela processuale, confinando l’effetto

²¹ Trib. Catania, sez. Immigrazione, decreto dell’8 ottobre 2023, n. 4285 e Trib. Firenze, sez. Specializzata in materia di Immigrazione, Protezione Internazionale e libera circolazione dei cittadini UE, decreto del 20 settembre 2023.

²² CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 giugno 2018, *Sadikou Gnandi c. État belge*, causa C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465, pt. 49-64.

²³ Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC*

sospensivo automatico alle sole decisioni di inammissibilità adottate in applicazione delle presunzioni di sicurezza dei paesi terzi e alle decisioni sui minori assunte mediante procedura di frontiera (art. 54 reg. procedure). Nell'ambito del regolamento gestione, poi, la procedura di ripresa in carico consente di rinviare nello Stato di primo ingresso il richiedente che abbia effettuato un movimento secondario mediante una mera notifica (art. 31), in luogo di una formale richiesta (art. 23 reg. Dublino III). Questa semplificazione, da un lato, limita il sindacato giurisdizionale sulla decisione di trasferimento, dall'altro, non affronta il problema principale della procedura di Dublino: velocizzare la determinazione dello Stato membro competente e accorciare i termini per il trasferimento della responsabilità. Questi ultimi, invero, restano invariati (6 mesi), mentre è raddoppiato (da 18 mesi a 3 anni) il termine per il trasferimento della responsabilità in caso di fuga. Al contempo, gli Stati di primo ingresso, già responsabili per lo screening, vedono raddoppiata la durata della responsabilità per l'accesso non autorizzato dei richiedenti²⁴ (da 12 a 20 mesi).

(ii) Il ponte tra i livelli della governance migratoria è costruito attraverso il rafforzamento delle funzioni operative e dei poteri esecutivi delle agenzie dello SLSSG, in particolare Frontex ed EUAA. Queste agenzie sono chiamate a elaborare gli indicatori quantitativi/qualitativi su cui si fondano le nozioni di “adeguata capacità”, ai fini dell'applicazione delle procedure di frontiera (cons. 40aa reg. procedure), e di “pressione migratoria”, ai fini dell'attivazione delle misure di solidarietà “emergenziale” (art. 7x reg. crisi). Svolgono, inoltre, una funzione chiave nel meccanismo di monitoraggio e valutazione delle vulnerabilità che presiede all'attivazione delle misure di solidarietà strutturale e alle strategie nazionali sulla migrazione (cons. 9-10 reg. gestione). Queste attività di *risk regulation* e monitoraggio sono orientate all'obiettivo di prevenire le minacce e garantire la sicurezza dello SLSSG. Al contempo, tuttavia, le agenzie non sono state dotate, nemmeno in seguito alle ultime riforme, di poteri e strumenti di enforcement che le mettano in condizione di svolgere le loro funzioni con l'obiettivo di prevenire le violazioni dei diritti fondamentali²⁵.

(iii) La riforma introduce un ciclo di gestione della migrazione, che muove dalla raccomandazione della Commissione, con cui si identificano le misure della c.d. “*Solidarity Pool*” per l'anno successivo (art. 7a e 7b reg. gestione). La

2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund] - General approach, 13 June 2023.

²⁴ Council of the EU, *The Council and the European Parliament reach breakthrough in reform of EU asylum and migration system*, Press release 20 December 2023.

²⁵ L. TSOURDI, *The EU's New Pact on Migration and Asylum: three key arguments*, in *EU Law Analysis Expert insight into EU law developments*, 14 September 2023.

raccomandazione si fonda sui bisogni degli Stati membri, emersi nell'ambito del "forum di alto livello sulla solidarietà" (*High-Level EU Migration Forum*): un meccanismo di coordinamento interstatale, al quale possono partecipare, sulla base di intese ad hoc, anche i paesi terzi. La *Solidarity Pool* è, poi, adottata con atto di esecuzione del Consiglio, in funzione degli impegni statali assunti circa le ricollocazioni, il sostegno finanziario e le c.d. "misure alternative di solidarietà". Della sua esecuzione è investito il "coordinatore della solidarietà", che si occupa anche della risposta dell'Unione alle situazioni di crisi²⁶. Nella proposta originaria dei regolamenti gestione e crisi, i poteri di esecuzione per l'attivazione, rispettivamente, dei meccanismi strutturali ed emergenziali di solidarietà spettavano alla Commissione, che aveva il potere di definire le "quote di solidarietà obbligatoria" e i numeri di persone da ricollocare in base a una chiave di distribuzione, così come di dichiarare una situazione di "pressione migratoria", tenuto conto dei piani nazionali "per la risposta di solidarietà"²⁷. L'accordo siglato dai co-legislatori lo scorso 19 dicembre prevede un numero minimo annuale di 30.000 ricollocazioni dagli Stati maggiormente "esposti" alle migrazioni e una quota fissa, annuale di contributi finanziari pari a 600 milioni di euro, ma esclude qualsiasi centralizzazione delle decisioni sulle ricollocazioni²⁸. Il modello della solidarietà "flessibile" subisce, dunque, un ulteriore ammorbidimento, per cui il meccanismo di solidarietà strutturale è integralmente rimesso al negoziato interstatale.

Sul piano dell'attuazione, è facile prevedere esiti fortemente asimmetrici in termini di distribuzione delle responsabilità. Sul piano "costituzionale", è chiaro che esso non rafforza la mutua fiducia, ma istituisce una sorta di "integrazione differenziata"²⁹ che, però, non essendo basata su una reale condivisione degli obiettivi del SECA (cfr. la reazione ungherese all'accordo del 19 dicembre), potrebbe aggravare la tendenza al *cherry-picking*. Quanto all'equilibrio istituzionale, la riforma attribuisce i poteri di esecuzione al Consiglio, con la motivazione che la solidarietà strutturale «is based on pledges made

²⁶ Council of the EU, *The Council and the European Parliament reach breakthrough in reform of EU asylum and migration system*, cit.

²⁷ P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", n. 1/2020, pp. 1 ss. e G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post di AISDUE*, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", n. 2/2020, pp. 16 ss.

²⁸ Council of the EU, *The Council and the European Parliament reach breakthrough in reform of EU asylum and migration system*, cit.

²⁹ J. SANTOS VARA, *Flexible Solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A New Form of Differentiated Integration?*, in *European Papers*, n. 3/2022, pp. 1243-1263.

by each Member State, exercising full discretion as to the type of solidarity» (cons. 72a, reg. gestione). La partecipazione del Parlamento europeo alla governance delle migrazioni nell'UE resta piuttosto limitata.

4. *Il continuum della detenzione e la (in)sostenibilità amministrativa delle procedure*

Dal punto di vista dei contenuti, l'architettura complessiva dell'accordo si fonda su un assunto: una gestione efficace della migrazione e dell'asilo in Europa non può prescindere dalla lotta ai movimenti secondari³⁰. Questo implica che il modello di gestione dei flussi migratori sia basato, di *default*, sulla compressione della libertà di movimento (e personale) dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari (v. p. 15 della proposta originaria di reg. procedure, in cui si afferma che le procedure di frontiera «normally imply the use of detention»).

Per questo, la riforma istituisce un "sistema generale di asilo e rimpatrio" articolato come una sorta di triage, caratterizzato dal continuum della detenzione. In primo luogo, c'è lo screening (7 giorni), che rende strutturale il modello di gestione basato sull'hotspot, sia in relazione alla tipologia di controlli (*debriefing*, controlli sanitari e di sicurezza), sia in rapporto alla funzione di tracciamento e incanalamento (mediante il rilevamento delle impronte digitali e l'individuazione della procedura appropriata), sia, infine, in ordine alla tutela giurisdizionale (che è "sostituita" da un sistema nazionale di monitoraggio indipendente, art. 7 reg. accertamenti). Vi sono, quindi, le procedure di asilo alla frontiera (12 settimane, salve le estensioni previste dal regime derogatorio), che sono svolte in prossimità dei confini statali, in siti chiusi ad accesso esterno limitato. Infine, vi sono le procedure di rimpatrio alla frontiera (altre 12 settimane), durante le quali all'interessato continua ad essere interdetto l'accesso al territorio. Si applica per tutta la durata del triage la *fictio iuris* del non ingresso (art. 4 reg. accertamenti), ovvero l'artificioso espediente giuridico per cui la presenza fisica del migrante nel territorio statale è disgiunta dalle ordinarie conseguenze legali del suo ingresso nella giurisdizione dello Stato.

Tanto l'accesso spontaneo quanto il movimento non autorizzato sono accompagnati, nella riforma, dalla presunzione di abuso del diritto d'asilo, che giustifica, d'un canto, i nuovi limiti imposti al diritto di presentare una domanda (tra cui la facoltà statale di estendere il termine per la registrazione delle domande da 1 a 4 settimane, art. 2x reg. crisi), dall'altro l'espansione

³⁰ Council of the EU, *Migration policy: Council reaches agreement on key asylum and migration laws*, Press release 8 June 2023.

dell'ambito di applicazione del sistema Eurodac³¹. Tale database si estende, *ratione personarum*, ai migranti irregolari, ai c.d. “*overstayers*”, ai naufraghi soccorsi durante operazioni SAR, ai (futuri) beneficiari della protezione c.d. immediata (ex temporanea), ai minori (a partire dai soli 6 anni, v. art. 10 reg. Eurodac) e ai rifugiati reinsediati da paesi terzi. Inoltre, è significativo che esso passi dal registrare le *domande* d'asilo allo schedare i *richiedenti* asilo. Questo approccio – tipico degli strumenti di *law enforcement* dello SLSCG – pone problemi di adattamento rispetto alla giurisprudenza europea sull'accesso all'asilo (Ministerio Fiscal³²; Commissione c. Ungheria³³; M.A. c. Lituania³⁴) e al divieto di penalizzazione dei rifugiati di cui all'art. 31 della Convenzione di Ginevra³⁵. D'altra parte, l'accordo prevede espressamente che questa mole imponente di dati biometrici e impronte facciali sia accessibile anche alle autorità di contrasto, che potranno consultare Eurodac autonomamente per verificare la presenza di “*security flags*” nel profilo di un certo individuo, indicanti che questi costituisce una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna dello Stato che ha effettuato la registrazione³⁶.

È probabile, o almeno verosimile, che questa iniezione di coercizione riduca i movimenti secondari? Questo dipenderà soprattutto dall'effettività dei

³¹ V. Council of the EU, *Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of biometric data for the effective application of Regulation (EU) XXX/XXX [Regulation on Asylum and Migration Management] and of Regulation (EU) XXX/XXX [Resettlement Regulation], for identifying an illegally staying third-country national or stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes and amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818 - compilation of replies by Member States*, 20 April 2023, e S. MARINAI, *Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *I Post di AISDUE*, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”, n. 8/2020, pp. 119 ss.

³² CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, causa C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788.

³³ CGUE, sentenza del 22 giugno 2023, *Commissione europea c. Ungheria*, causa C-823/21, ECLI:EU:C:2023:504.

³⁴ CGUE, sentenza del 30 giugno 2022, *M.A. con l'intervento di Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, causa C-72/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:505.

³⁵ G.S. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, Cambridge University Press, 2003.

³⁶ Council of the EU, *Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of biometric data for the effective application of Regulation (EU) XXX/XXX [Regulation on Asylum and Migration Management] and of Regulation (EU) XXX/XXX [Resettlement Regulation]*, cit.

rimpatri³⁷. Se le procedure di rimpatrio alla frontiera non esiteranno nella loro effettiva esecuzione, i migranti trattenuti ai confini europei dovrebbero essere ammessi al territorio e assoggettati alla procedura ordinaria, che sarà disciplinata dalla nuova direttiva rimpatri³⁸. In questa ipotesi, si riaprirebbe la partita dei movimenti secondari e le procedure di frontiera si tradurrebbero in un abnorme strumento di trattenimento su larga scala, con elevati costi infrastrutturali e umani, ma con bassissimo “rendimento”. Per garantire la sostenibilità delle procedure di frontiera, la riforma introduce la nozione di “adeguata capacità”: gli Stati membri dovranno garantire un certo numero di procedure di frontiera ogni anno, stabilito in proporzione agli attraversamenti irregolari e ai respingimenti alla frontiera nei tre anni precedenti (art. 41bb reg. procedure). È chiaro, quindi, che per i frontalieri la soglia di “adeguata capacità” sarà correlata alla loro funzione di garanzia della tenuta (e della sicurezza) delle frontiere esterne dell’Unione. L’effettiva esecuzione delle decisioni di rimpatrio sarà, pertanto, condizione essenziale per la sostenibilità amministrativa della riforma.

5. *Dall’esternalizzazione delle frontiere alla de-territorializzazione dell’asilo*

L’accordo dello scorso 19 dicembre conferma (e rafforza) alcuni tratti distintivi delle politiche UE di immigrazione e asilo: il ricorso all’esternalizzazione come surrogato del fallace riparto delle responsabilità interne, l’approccio basato sull’utilizzo di diverse tipologie di azioni operative e di strumenti di influenza, in qualsiasi settore delle relazioni esterne, per conseguire gli obiettivi dell’Unione di contenimento e deterrenza dei flussi migratori (v. l’art. 2 della dec. di esecuzione (UE) 2022/60 sul MOCAD³⁹), il ricorso alla cooperazione bilaterale tra Stati membri e paesi terzi e al diritto internazionale per

³⁷ M. SAVINO, *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l’asilo: perché l’Italia ha messo d’accordo (quasi) tutti gli Stati membri*, in questo Volume; R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l’asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE, II, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”*, n. 5/2020, pp. 63 ss.

³⁸ Proposal for a recast of the Directive on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, in “Promoting our European Way of Life”, url: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/spotlight-JD22/file-proposal-for-a-recast-of-the-return-directive>; sul tema E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2020, pp. 117 ss.

³⁹ Decisione (UE) 2022/60 del Consiglio del 12 gennaio 2022 relativa al meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione.

aggirare le rigidità procedurali e sostanziali del diritto UE (v. il c.d. approccio “Team Europe”⁴⁰).

Al contempo, si fa strada l’idea che l’asilo possa essere de-territorializzato, sul modello del protocollo Italia-Albania⁴¹. È un’idea in linea con la riforma proposta dal Nuovo Patto in quanto accordi di questo tipo potrebbero contribuire alla tenuta delle procedure di frontiera, limitando il contenzioso relativo alle decisioni di diniego della protezione internazionale e facilitando il rimpatrio dei denegati. Infatti, la delocalizzazione delle procedure di accertamento dello status, pur muovendo da presupposti giuridici differenti rispetto alla disciplina delle zone di transito prevista dal Nuovo Patto⁴², comporta, dal punto di vista degli effetti giuridici, l’esportazione in un paese terzo del medesimo regime speciale che si applica alle procedure di frontiera (v. l’art. 3, co. 6 del Protocollo; v., altresì, il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 5 dicembre 2023, ai sensi del quale il protocollo introduce una “clausola di equiparazione”⁴³ delle aree previste dal Protocollo alle zone di frontiera o di transito previste dal diritto UE). I costi cooperativi, però, sono inferiori rispetto a quelli della esternalizzazione classica, nella misura in cui la responsabilità formale per l’asilo resta in capo allo Stato membro che de-territorializza.

Gli aspetti più problematici riguardano, invece, l’incertezza sulle condizioni di godimento della protezione in caso di esito positivo delle procedure de-territorializzate e l’accesso alla tutela giurisdizionale. Nel protocollo Italia-Albania, la prima questione è regolata dall’art. 9, sulle condizioni di godimento della protezione in caso di esito positivo delle procedure de-territorializzate e l’accesso alla ai sensi del quale le autorità italiane provvedono all’allontanamento degli asilanti denegati dal territorio albanese e all’ingresso in Italia dei vulnerabili e delle salme dei migranti deceduti nei centri detentivi albanesi, ma l’accesso al territorio italiano dei beneficiari della protezione non è espressamente sancito. La seconda questione è disciplinata dall’art. 4, che non soltanto chiarisce che all’accordo si applica la disciplina interna di rece-

⁴⁰ Consiglio dell’UE, *Il Consiglio approva conclusioni sull’approccio Team Europa*, Comunicato stampa 21 novembre 2023.

⁴¹ Camera dei deputati, Disegno di legge, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l’ordinamento interno*, presentato il 18 dicembre 2023, n. 1620.

⁴² M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell’extraterritorialità*, in questo Volume.

⁴³ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 61, 5 Dicembre 2023.

pimento del SECA, ma anche che la tutela giurisdizionale è di competenza esclusiva della sezione specializzata del Tribunale di Roma. In ragione dei limiti territoriali del SECA, queste specifiche non sembrerebbero per se idonee a collocare il protocollo nel cono d'ombra del diritto UE. Al contempo, accordi di de-territorializzazione dell'asilo, come quello in questione, potrebbero incidere su norme comuni dell'Unione (come quelle di Dublino) o modificarne la portata, contrastando pertanto con l'art. 3, par. 2, TFUE.

L'adozione del Nuovo Patto potrebbe acuire tali rischi, elevando il grado di armonizzazione del SECA e, contestualmente, estendendo la portata extraterritoriale delle norme europee. In relazione a questo secondo aspetto potrebbe rilevare, per un verso, la riconfigurazione del diritto di rimanere, per altro verso, la condivisione delle responsabilità in ambito SAR. Invero, la riforma distingue il diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro, durante le procedure d'asilo ordinarie (art. 9 reg. procedure), dalla mera presenza legale del richiedente che non è autorizzato ad accedere al territorio, durante le procedure di frontiera (art. 41f reg. procedure). Tale distinguo potrebbe consentire di configurare una sorta di portata extraterritoriale del SECA, riconducendo accordi come quello Italia-Albania nell'alveo del diritto UE. Inoltre, nella riconducendo misura in cui il Nuovo Patto include tra i destinatari delle procedure di frontiera i naufraghi salvati mediante operazioni SAR, anche congiunte (e pertanto rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento 656/2014), la sua approvazione potrebbe rafforzare l'obbligo di sbarco in territorio europeo ai fini dell'asilo delle persone soccorse, anche in alto mare o comunque al di fuori delle acque territoriali dello Stato membro (ivi, art. 10). In ogni caso in cui si applichi il diritto UE, l'accesso fisico al territorio europeo per la tutela giurisdizionale dovrebbe essere garantito ai sensi dell'art. 47 della Carta, disposizione che sancisce un diritto soggettivo perfetto di accesso a una "corte" intesa come "organo giurisdizionale" dello Stato⁴⁴.

6. *La sfida attuativa e il ruolo dei giudici*

L'accordo sul Nuovo Patto segna un passaggio epocale per le politiche dello SLSG e per il SECA. La formalizzazione di impegni di solidarietà su base strutturale, in particolare, rappresenta un traguardo importante. Inoltre, l'ibridazione tra le politiche europee di immigrazione, asilo, gestione delle frontiere e *law enforcement* potrebbe condurre a un'efficace razionalizzazione

⁴⁴ V. Spiegazioni Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Titolo VI Giustizia, Articolo 47 - Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

delle fasi di attuazione ed esecuzione del diritto UE negli ordinamenti statali, contribuendo a superare i corto-circuiti della cooperazione Schengen e Dublino. D'altro canto, però, la solidarietà flessibile potrebbe diventare il "surrogato" di una inesigibile condivisione delle responsabilità e l'ibridazione rischia di accentuare la connotazione securitaria dell'intero sistema, svuotando di contenuto normativo il SECA.

La sfida, pertanto, sarà quella attuativa, e le presidenze alle quali spetterà dare concretezza al Patto – Ungheria, Polonia e Danimarca – avranno l'arduo compito di dettare gli orientamenti strategici che presiederanno all'attuazione di strumenti legislativi ad elevata complessità e densità normativa, ma a basso peso specifico rispetto alla costruzione di un *level playing field* europeo.

Dal punto di vista dei migranti, destinatari ultimi delle norme del Patto, poi, si osserva il consolidamento di un regime speciale di accesso a-territoriale, basato sulla presunzione di abuso del diritto d'asilo, sul *continuum* alla detenzione e sulla compressione della tutela giurisdizionale. Nelle procedure d'asilo, tale regime trova attuazione (pur su presupposti giuridici distinti) sia che si applichi la *fictio iuris* dell'extraterritorialità alle frontiere territoriali dello Stato, sia che si applichi extraterritorialmente la *fictio iuris* della territorialità entro la giurisdizione di un paese terzo.

In questo modo le frontiere tornano a casa; i diritti, invece, restano imbrigliati in una rete di presunzioni, finzioni giuridiche, regole procedurali e prassi applicative che ne erodono il contenuto materiale. Si riproporrà, allora, il problema del ruolo di garanzia che i giudici nazionali ed europei saranno chiamati a svolgere in un contesto di crescente erosione di quei diritti.

**LA PROCEDURA DI FRONTIERA:
VERSO UNA DETENZIONE SU LARGA SCALA DEI RICHIEDENTI ASILO**

LA NUOVA PROCEDURA DI FRONTIERA E IL TRATTENIMENTO DEL RICHIEDENTE ASILO: PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO DELL'UNIONE

Virginia Passalacqua*

SOMMARIO: 1. La nuova procedura di frontiera e il trattenimento del richiedente asilo. – 2. La detenzione dei richiedenti asilo: da eccezione a regola. – 3. Il concetto di “frontiera”. – 4. Conclusione.

1. *La nuova procedura di frontiera e il trattenimento del richiedente asilo*

Nella primavera del 2023, il legislatore italiano ha riformato la disciplina delle cd. “procedure accelerate”¹. La facoltà di introdurre procedure accelerate e di frontiera era da tempo prevista dalla normativa europea ma fino ad anni recenti il legislatore italiano non se ne era mai avvalso². Le cose erano dapprima cambiate nel 2018, quando il cd. Decreto Salvini³ introdusse una procedura accelerata per chi presenta domanda di protezione internazionale in frontiera o nelle zone di transito “dopo essere stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i relativi controlli”⁴. L’attuale legislatura ha deciso di rimettere mano alle procedure accelerate e di frontiera, potenziandole ed estendo la loro applicazione, in continuità con quanto previsto nel 2018.

La nuova riforma del marzo 2023 ha ampliato i soggetti a cui si applicano le procedure accelerate, ha contratto i termini per la decisione della Commissione, e ha previsto una nuova forma di trattenimento⁵. In particolare, si

* Ricercatrice di diritto dell’Unione Europea, Università di Torino.

¹ Art. 7-bis, l. 5 maggio 2023, n. 50.

² Artt. 31(8) e 43 della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

³ D.l. 113/2018, convertito in l. 132/2018.

⁴ ASGI, *Procedure di frontiera e trattenimento per chi richiede asilo: ecco i profili di illegittimità*, disponibile al link: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/procedure-di-frontiera-e-trattenimento-per-chi-richiede-asilo-ecco-i-profil-di-illegittimita/>.

⁵ M. VEGLIO, *La bestia tentacolare. Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, in *Questione giustizia*, n. 3/2023; A. BRAMBILLA, *Le nuove procedure accelerate di frontiera. Quali prospettive in un’ottica di genere?*, in *Diritto, Immigrazione Cittadinanza*, n. 2/2023.

prevede una procedura accelerata di frontiera per coloro che hanno presentato domanda di protezione internazionale «direttamente alla frontiera o nelle zone di transito» e che, alternativamente: 1) siano state fermate per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera, 2) provengano da un Paese di origine sicuro. La norma prevede che la procedura venga svolta «direttamente alla frontiera o nelle zone di transito» e che la Commissione territoriale decida entro sette giorni dalla ricezione della domanda⁶.

Una delle disposizioni più rilevanti nella nuova procedura di frontiera è la previsione di una nuova ipotesi di detenzione dello straniero «al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello stato»⁷. Le persone sottoposte alla procedura di frontiera possono essere detenute per un massimo di quattro settimane qualora non abbiano consegnato il passaporto o non prestino idonea garanzia finanziaria. Con successivo decreto, il Governo ha poi fissato la suddetta garanzia finanziaria a un importo pari a € 4.938, mentre le zone di frontiera o di transito erano già state individuate in 16 province sparse per il territorio italiano (Trieste, Gorizia, Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi, Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina, Trapani, Agrigento, Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna)⁸.

Durante l'estate del 2023 si sono registrati ingenti arrivi di migranti dalla Tunisia. In risposta, le autorità italiane hanno cominciato ad applicare la nuova procedura di frontiera e disposto la detenzione di molti cittadini tunisini, considerando la Tunisia un Paese di origine sicuro. In linea con l'art. 13 della Costituzione, gli ordini di trattenimento sono soggetti alla convalida dell'autorità giudiziaria, la quale, in un numero sempre maggiore di decisioni, ha espresso criticità circa la compatibilità della nuova procedura con le norme europee e ha rigettato la convalida⁹.

⁶ Art. 28-bis del d. lgs. 25/2008, M. FLAMINI, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da cd. «Paesi sicuri» in seguito alle modifiche introdotte dal dl n. 20 del 2023*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2023.

⁷ Art. 6-bis del d.lgs. n. 124/2015.

⁸ Decreto del 5 agosto 2019.

⁹ Trib. Catania, sentenza del 29 settembre 2023, R.G. 10459/2023, R.G. 10460/2023, R.G. 10461/2023; Trib. Catania, sentenza del 8 ottobre 2023, RG 10798/2023; Trib. Potenza, sentenza del 12 ottobre 2023, R.G. 3698/2023. Per un commento, si veda S. ALBANO, *Il giudice non convalida i trattenimenti di tre migranti tunisini disposti in base alla nuova disciplina delle procedure di frontiera*, in *Questione Giustizia*, ottobre 2023. E. COLOMBO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito della procedura accelerata in frontiera: il Tribunale di Catania fa (dis)applicazione del nuovo articolo 6 bis d.lgs. n. 142/2015 alla luce del diritto UE e delle norme costituzionali*, in *EuroJus*, ottobre 2023. C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a*

Questo contributo prende le mosse da un commento scritto con Eleonora Celoria e pubblicato su *Verfassungblog*, per espanderlo e analizzare le tre incompatibilità principali rilevate dai Tribunali, adducendo ulteriori elementi a sostegno delle loro tesi¹⁰.

2. *La detenzione dei richiedenti asilo: da eccezione a regola*

Il primo argomento sollevato dalle pronunce di non convalida riguarda la mancanza di un'adeguata motivazione che giustifichi il trattenimento dei migranti. Come menzionato, l'articolo 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 prevede che il trattenimento sia disposto nel caso in cui un richiedente provenga da un Paese di origine sicuro e non consegni il passaporto o non fornisca garanzia finanziaria. I giudici rilevano che la norma non prevede un'analisi caso per caso delle circostanze individuali del richiedente, né un'applicazione dei principi di proporzionalità e necessità della detenzione, come invece richiesto dal diritto dell'Unione¹¹.

Il punto sollevato dai giudici pare essere fondato, dal momento che l'art. 8 della direttiva accoglienza dispone che la detenzione possa essere ordinata solo «ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso», «salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive». Questa lettura è stata confermata da diverse pronunce della Corte di giustizia (si veda per esempio *VL*, par. 102)¹².

L'articolo 6-*bis*, a differenza di quanto richiesto dall'art. 8(2) della direttiva accoglienza, non contiene alcun riferimento né ai principi di necessità e proporzionalità, né alla necessità di effettuare delle valutazioni caso per caso. In questo senso, vi è il rischio di lasciare alla pubblica amministrazione la possibilità di trattenere i richiedenti asilo non appena si verificano le tre condizioni menzionate: paese di origine sicuro, assenza di documenti e mancanza di una garanzia finanziaria. Un tale approccio alla detenzione del richiedente asilo trasforma in regola un istituto che dovrebbe essere utilizzato solo in casi eccezionali, con gravi conseguenze sulla libertà personale delle persone migranti.

procedura di frontiera: commento al decreto del Tribunale di Catania del 29 settembre 2023, in Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, n. 3/2023.

¹⁰ E. CELORIA, V. PASSALACQUA, *Turning the Exception into the Rule: Assessing Italy's New Border Procedure*, *VerfBlog*, 2023/10/27, <https://verfassungsblog.de/turning-the-exception-into-the-rule/>.

¹¹ Trib. Catania, sentenza del 29 settembre 2023, RG 10459/2023.

¹² CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, *VL*, C-36/20 PPU.

3. *Il concetto di “frontiera”*

Un altro argomento avanzato dai giudici di Catania prima, e poi confermato dal Tribunale di Potenza, riguarda l’ambito di applicazione della procedura di frontiera¹³.

Nei casi esaminati dal Tribunale di Catania, i richiedenti asilo erano giunti a Lampedusa, dove avevano fatto richiesta di asilo. Da lì, venivano poi trasferiti a Pozzallo, in provincia di Ragusa, per essere sottoposti alla procedura di frontiera e detenuti. Secondo il Tribunale di Catania, il fatto che i richiedenti non si trovassero più in frontiera avrebbe fatto «venir meno il titolo del trattamento», rendendo quindi inutilizzabile la relativa procedura accelerata¹⁴. Secondo i giudici, l’art. 43 della direttiva procedure non permette l’applicazione della procedura di frontiera in zone diverse da quelle di ingresso, intendendo che queste ultime siano localizzate “alla frontiera o nelle zone di transito”¹⁵.

Addirittura, al Tribunale di Potenza è stato chiesto di convalidare il trattamento di un cittadino tunisino presente sul territorio italiano già da un anno e che aveva reiterato la domanda di asilo, senza che vi fosse alcuna prossimità geografica con la frontiera o continuità temporale con l’ingresso¹⁶.

Il caso di Potenza, per quanto forse estremo, mostra che sussiste un concreto pericolo che la procedura di frontiera sia applicata in maniera indiscriminata, il che porterebbe alla «'frontierizzazione' dell'intero territorio nazionale» (così definito da Celoria)¹⁷. Tale espansione è proibita dalla direttiva procedure, il cui articolo 43 rimanda alla necessità che vi sia un vincolo spaziale e temporale tra l’attraversamento della frontiera e l’attivazione della relativa procedura. Infatti, sebbene la direttiva non fornisca esplicitamente una definizione dei termini “frontiera” e “zona di transito”, distingue queste zone da quelle «nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito» (art. 42(3)), in cui i richiedenti possono essere eccezionalmente accolti ma mai detenuti. Tale distinzione tra zone di frontiera e zone limitrofe suggerisce che le procedure *ex art. 43* possono essere eseguite solo in aree ben definite e pre-determinate (come, per esempio, le zone di transito ungheresi esaminate dalla Corte di giustizia in *FMS e Commissione c. Ungheria*)¹⁸.

¹³ Trib. Potenza, sentenza del 12 ottobre 2023, R.G. 3698/2023.

¹⁴ Trib. Catania, sentenza del 8 ottobre 2023, RG 1079/2023.

¹⁵ Trib. Catania, sentenza del 29 settembre 2023, RG 10459/2023.

¹⁶ Tribunale di Potenza, sentenza del 12 ottobre 2023, RG 3698/2023.

¹⁷ E. CELORIA, *La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, agosto 2023.

¹⁸ CGUE (Grande Sezione), 14 maggio 2020, *FMS et aa.*, cause riunite C-924/19 PPU

Un'interpretazione sistematica del diritto dell'Unione conferma la lettura restrittiva del concetto di "frontiera". Il regolamento n. 1931/2006 definisce "zona di frontiera" «la zona che si estende per non più di 30 chilometri oltre la frontiera». Anche la Corte UE, nelle sue sentenze, ha interpretato restrittivamente il concetto spaziale di frontiera. Nel caso *Affum*, la Corte ha chiarito che la direttiva rimpatri permette agli Stati membri di utilizzare una procedura semplificata ai loro confini esterni per assicurarsi che i cittadini di uno Stato terzo non entrino nel loro territorio (uno scopo che è simile a quello delle procedure di frontiera ex art. 43)¹⁹. Tuttavia, tale procedura può applicarsi solo se c'è «uno stretto legame temporale e spaziale con tale attraversamento della frontiera», da intendersi come «nel momento stesso dell'irregolare attraversamento della frontiera esterna o, successivamente all'attraversamento, in prossimità della frontiera stessa» (par. 72).

Contrariamente a quanto previsto dal diritto UE, nel contesto della procedura italiana la frontiera assume confini sfumati. La nuova procedura, sfruttando la cosiddetta "finzione di non-ingresso", viene applicata non solo alla frontiera e nelle zone di transito, ma anche in aree più o meno vicine alla frontiera, in altre province del nord e sud Italia. Questo è evidentemente incompatibile con la definizione rigorosa di frontiera che deriva dal diritto dell'UE.

4. *La cauzione di 4.938 €: misura discriminatoria o alternativa al trattenimento?*

Il punto forse più controverso delle nuove misure è quello relativo alla natura della "garanzia finanziaria" di € 4.938²⁰. Il Tribunale di Catania ha affermato che la previsione della garanzia finanziaria è contraria al diritto dell'Unione poiché non viene adoperata come misura alternativa alla detenzione, ma come «requisito amministrativo imposto al richiedente prima di riconoscere i diritti conferiti», che, se non soddisfatta, porta alla detenzione. A sostegno dell'incompatibilità, i giudici hanno richiamato la sentenza della Corte di giustizia sulla detenzione nelle zone di transito ungheresi, in cui si afferma che gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33 «devono essere interpretati nel senso che ostano, in primo luogo, a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto per il solo fatto che non può sovvenire alle proprie necessità, in

e C-925/19 PPU; CGUE (Grande Sezione), sentenza 16 novembre 2021, *Commissione c. Ungheria*, C-821/19.

¹⁹ CGUE (Grande Sezione), sentenza 7 giugno 2016, *Sélina Affum contro Préfet du Pas-de-Calais e Procureur général de la Cour d'appel de Doua*, C 47/15.

²⁰ Art. 2 del Decreto interministeriale del 14 settembre 2023.

secondo luogo, a che tale trattenimento abbia luogo senza la previa adozione di una decisione motivata che disponga il trattenimento e senza che siano state esaminate la necessità e la proporzionalità di una siffatta misura»²¹.

L'editoriale di Savino su ADIM Blog aveva avanzato una diversa interpretazione²². Prima di tutto, rileva che il caso italiano e quello ungherese «non sono del tutto sovrapponibili». Nel secondo, infatti, l'assenza di risorse è l'*unica ragione* del trattenimento, mentre nel caso italiano il trattenimento si fonda sul fatto che il richiedente proviene da un Paese di origine sicuro. Inoltre, il diritto UE non vieta di utilizzare garanzie finanziarie come misure alternative alla detenzione: anzi, questa possibilità è prevista esplicitamente dall'art. 8 della direttiva accoglienza.

L'osservazione di Savino in merito all'astratta configurabilità della garanzia finanziaria quale misura alternativa è corretta e condivisibile, ma occorre verificare che la garanzia sia stata concepita e delineata in modo da poter svolgere davvero tale funzione. Infatti, dalle pronunce dei giudici si evince che le autorità usano il mancato pagamento della garanzia finanziaria per motivare le loro richieste di trattenimento, trasformando la garanzia finanziaria da misura alternativa a pretesto per il trattenimento. Questo non è permesso dal diritto dell'UE che, come abbiamo visto, esige che la decisione di trattenere un richiedente asilo sia frutto di una valutazione individuale e risponda ai principi di proporzionalità e necessità.

Inoltre, sia la dottrina che l'Agenzia dell'Unione europea per l'Asilo hanno spiegato che la garanzia finanziaria, se usata come misura alternativa, deve essere proporzionata alle possibilità economiche dei richiedenti asilo in modo da evitare effetti discriminatori²³. Le linee guida dell'Agenzia (p. 36) specificano che²⁴: «La somma prevista dovrebbe essere a misura delle circostanze individuali, e quindi ragionevole in considerazione della particolare situazione del richiedente asilo, e non così alta da portare a una discriminazione contro le persone con risorse limitate. Qualsiasi incapacità di farlo, con conseguente detenzione (o la sua continuazione), suggerirebbe che il sistema è arbitrario.

²¹ CGUE, caso FMS, *cit supra*, par 256.

²² M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in ADiM Blog, Editoriale, settembre 2023.

²³ P. DE BRUYCKER (Ed.), *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU: Time for Implementation*, Brussels, 2015.

²⁴ EASO, *Judicial analysis Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, Luxembourg, 2019.

Non vi è alcun motivo per cui una garanzia finanziaria o la cauzione non debba essere fornita da terzi».

In conclusione, il sistema della garanzia finanziaria italiano, concepito come misura alternativa al trattenimento manca di “effettività” per tre ragioni. La prima è relativa al suo alto ammontare di quasi 5000 €. La seconda attiene ai requisiti procedurali per la sua attivazione: la cauzione deve essere versata tramite una garanzia bancaria o una polizza assicurativa, strumenti a cui è concretamente impossibile accedere per un richiedente asilo appena arrivato in Italia²⁵; inoltre la garanzia non può essere fornita da terze parti. La terza è il fatto che la garanzia finanziaria è l’unica misura alternativa alla detenzione prevista, mentre per altre forme di detenzione sono previste molte più misure. Nel complesso, queste caratteristiche svuotano la garanzia finanziaria di ogni pretesa di effettività, smascherando la sua natura di misura di facciata.

5. Conclusione

In conclusione, la procedura di frontiera e la relativa ipotesi di trattenimento presentano diversi profili di incompatibilità rispetto al diritto dell’Unione europea. L’aspetto più grave è l’aver reso la detenzione la regola, quando dovrebbe essere una *extrema ratio*. Questo è diretta conseguenza dell’espansione geografica delle zone di frontiera e di transito, dell’automatica e indiscriminata applicazione del concetto di Paese di origine sicuro e della impossibilità pratica di godere dell’unica misura alternativa prevista.

Numerosi giudici italiani si sono già espressi, nelle loro sentenze, a sostegno della tesi dell’incompatibilità tra la nuova procedura e le norme europee. Sebbene alcuni politici italiani considerino tali sentenze un’indebita ingerenza politica, il presente contributo ha dimostrato che i dubbi dei giudici sono fondati. Spetterà alla Cassazione, recentemente adita con ricorso dall’Avvocatura dello Stato, esprimersi sulla correttezza di tali pronunce. Le opzioni sono fondamentalmente tre, con alcune diramazioni:

- 1) Non vi è alcuna incompatibilità tra le norme italiane e quelle dell’UE;
- 2) L’incompatibilità esiste, ma può essere sanata con un’interpretazione conforme;
- 3) L’incompatibilità esiste e non è possibile interpretare le norme italiane in

²⁵ Scheda ASGI, *Profili di illegittimità del trattenimento del richiedente protezione nell’ambito di una procedura di frontiera*, p. 8, disponibile online: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/procedure-di-frontiera-e-trattenimento-per-chi-richiede-asilo-ecco-i-profili-di-illegittimita/>

maniera conforme; quindi, la Corte dovrà o disapplicare le norme italiane o richiedere un rinvio pregiudiziale.

Come sottolineato nel presente contributo, non è escluso che alcune incompatibilità possano essere sanate interpretando le norme italiane in maniera conforme al diritto dell'Unione. Per esempio, le autorità possono motivare adeguatamente la decisione di trattenere un richiedente asilo, effettuando una valutazione caso per caso che tenga conto delle caratteristiche individuali del richiedente e accertandosi che non esistano misure meno restrittive per capire se il richiedente ha il diritto di accedere al territorio italiano. Inoltre, la decisione di considerare un richiedente asilo come proveniente da un Paese di origine sicuro deve considerare la situazione individuale della persona, ed eventuali cambiamenti in atto nel medesimo Paese (si veda la recente sentenza del Tribunale di Firenze, che alla luce dei recenti sviluppi ha considerato la Tunisia come Paese non sicuro)²⁶.

Altre norme però non si prestano ad interpretazione conforme, e costringono dunque i giudici a disapplicarle o ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁷. Questo è il caso delle norme sulla cauzione e sull'interpretazione del concetto di frontiera, i cui confini porosi potrebbero costituire in futuro l'oggetto di un rinvio pregiudiziale.

²⁶ Tribunale di Firenze, sentenza del 20 settembre 2023, R.G. 9787/2023.

²⁷ C. FAVILLI, *op. cit.*

PROCEDURA DI FRONTIERA E ALTERNATIVE
AL TRATTENIMENTO DEI RICHIEDENTI ASILO:
IL DECRETO MINISTERIALE SULLA GARANZIA FINANZIARIA
È LEGITTIMO?

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Non una, ma due ricostruzioni possibili. – 3. Il fraintendimento della giurisprudenza europea da parte del Tribunale di Catania – 4. *Dura lex, sed lex?*

1. *Introduzione*

Con decreto del 14 settembre 2023¹, il Ministro dell'interno ha disciplinato la possibilità per i richiedenti asilo sottoposti alla c.d. procedura di frontiera² di sottrarsi al trattenimento costituendo una garanzia finanziaria di circa 5 mila euro. Il provvedimento ha generato un ampio dibattito, alimentato dal dubbio che, con tale misura, si sia surrettiziamente introdotta una discriminazione d'altri tempi, basata sul censo, che per di più inciderebbe sulla libertà regina, quella personale. È legittimo consentire ai soli richiedenti “abienti” di sottrarsi alla detenzione amministrativa per essi altrimenti prevista?

Il dubbio è rafforzato dalla decisione del Tribunale di Catania, che, sopraggiunta il 29 settembre, ha ritenuto il d.m. del 14 settembre contrario al diritto dell'Unione europea³. Questa decisione, subito accolta con favore in ambito giuridico⁴, merita un più attento scrutinio, al pari della tesi della radicale “anti-comunitarietà” del decreto ministeriale ivi sostenuta. Di seguito, si proverà a chiarire i termini giuridici della questione.

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ Decreto 14 settembre 2023, *Indicazione dell'importo e delle modalità di prestazione della garanzia finanziaria a carico dello straniero durante lo svolgimento della procedura per l'accertamento del diritto di accedere al territorio dello Stato*.

² Introdotta dalla legge 5 maggio 2023, n. 50, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*.

³ Tribunale ordinario di Catania, Sezione immigrazione, sentenza 29 settembre 2023, r.g. 10461/2023.

⁴ Si v., ad esempio, il tempestivo comunicato dell'ASGI, disponibile qui: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/pozzallo-le-nuove-norme-sulla-detenzione-per-i-richiedenti-asilo-contrarie-alle-norme-ue-e-alla-costituzione-italiana/>.

2. *Non una, ma due ricostruzioni possibili*

Il decreto del 14 settembre si applica agli stranieri «che sono nelle condizioni di essere trattenuti durante lo svolgimento della procedura in frontiera» (art. 1, c. 3), cioè ai richiedenti asilo che abbiano tentato di eludere i controlli di frontiera o che comunque provengano da un Paese terzo designato come «sicuro». Per questa categoria non privilegiata di richiedenti asilo, la disciplina introdotta a maggio scorso prevede «il trattenimento (...) durante lo svolgimento della procedura in frontiera (...), *al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato*»⁵.

Questa formula nella sostanza ricalca quella dell'art. 8 della direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza), dove il principio secondo cui «Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente» (par. 1) è fortemente ridimensionato dalla previsione derogatoria, che ammette il trattenimento quando sia necessario «*decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio*» (par. 3, lett. c). Questa disposizione si lega alle altre norme europee sulla procedura di frontiera (art. 31, par. 8, direttiva 2013/32/UE) e dà copertura all'ipotesi di trattenimento prevista, appunto, dall'art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015.

In base alla logica della procedura di (asilo con trattenimento alla) frontiera, ora recepita nel nostro ordinamento, i richiedenti asilo con minori possibilità di ottenere protezione dovrebbero essere trattenuti alla frontiera in attesa della definizione delle rispettive procedure “accelerate” di asilo (la cui durata massima è di quattro settimane). L'obiettivo è evitare che gli stessi fuggano altrove (gli ordinari centri di accoglienza dei richiedenti sono “aperti”) e si sottraggano al rimpatrio.

Ciò premesso, lo stesso art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 specifica che il trattenimento può essere disposto quando il richiedente non abbia consegnato il passaporto «ovvero non presti idonea garanzia finanziaria». Questa formulazione sembrerebbe, in effetti, suggerire che la procedura di asilo con trattenimento alla frontiera si applichi a una certa categoria di richiedenti, connotata non solo dall'aver tentato di eludere i controlli di frontiera o dalla provenienza da un paese terzo sicuro, ma anche dalla mancanza di passaporto e, soprattutto, dei mezzi necessari per costituire una garanzia finanziaria. Di qui, il sospetto che si sia introdotta una misura discriminatoria, volta a penalizzare i richiedenti non abbienti, “condannandoli” alla detenzione amministrativa per mancanza di mezzi.

⁵ Art. 6-*bis*, c. 1, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, introdotto dalla richiamata l. n. 50 del 2023, di conversione del d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (c.d. Cutro).

La disciplina di attuazione, dettata dal d.m. del 14 settembre, sembrerebbe rafforzare il sospetto. Innanzitutto, quantifica l'importo della garanzia in 4.938 euro, tracciando una linea di demarcazione finanziaria all'interno di una categoria di richiedenti già proceduralmente sfavorita. Inoltre, stabilisce che la garanzia «è individuale e non può essere versata da terzi» (art. 3, c. 2), rendendo rilevante la sola condizione finanziaria personale, senza possibilità di aiuti di familiari o altri sponsor. Infine, stabilisce che la garanzia viene escussa dal prefetto «nel caso in cui lo straniero si allontani indebitamente» (art. 4, c. 1), così chiarendo che anch'essa, al pari del trattenimento, serve a evitare la fuga e la sottrazione del richiedente al rimpatrio.

D'altra parte, proprio l'equivalenza funzionale con il trattenimento sembra autorizzare una diversa ricostruzione. In base all'art. 8, par. 4, della direttiva 2013/33/UE, «Gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le *disposizioni alternative al trattenimento*, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, *la costituzione di una garanzia finanziaria* o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato». È questa la norma UE che dà diretta copertura al nuovo istituto, qualificandolo come «alternativa al trattenimento» (così anche l'art. 3, c. 1, d.m. 14 settembre 2013).

Inoltre, l'art. 1, c. 2, del decreto specifica che l'importo della garanzia (4.938 euro) corrisponde a quanto necessario al richiedente per procurarsi un alloggio e mezzi di sussistenza minimi per le quattro settimane di durata massima della procedura, nonché per pagare il proprio rimpatrio nel caso di rigetto della domanda di asilo (art. 1, c. 2). La logica suggerita dal metodo di calcolo sembrerebbe essere la seguente: i migranti che, pur avendo poche possibilità di ottenere protezione, vogliono comunque presentare una richiesta di asilo dovrebbero accollarsi parte dei costi che ne derivano al sistema e, quindi, se dotati di risorse, evitare che sia lo Stato a dover provvedere al suo sostentamento in pendenza della procedura di asilo. Poiché la procedura in questione prevede il trattenimento alla frontiera, l'incentivo a contribuire alle spese deriva dalla possibilità di evitare il trattenimento.

“*Fair enough!*”, si potrebbe pensare, a dispetto della prima impressione di “*unfairness*” dell'istituto. Se è vero che i flussi spontanei verso l'Europa sono alimentati da migranti disposti a pagare ai trafficanti anche 10 mila euro, può apparire accettabile, dal punto di vista dello Stato che accoglie, tentare di salvaguardare gli equilibri del proprio sistema di asilo, prevedendo il versamento di una “cauzione” da escutere nel caso di fuga.

Ci si potrebbe chiedere se l'escussione non debba essere prevista – seguendo la logica “efficientista” appena esposta – *anche nel caso di rigetto* di una richiesta di asilo che già in partenza appariva temeraria. E se sia coerente con

la logica del trattenimento come *extrema ratio* una disciplina che impedisce di prestare la garanzia finanziaria *ai terzi*, i quali potrebbero così contribuire al funzionamento del sistema, al contempo salvaguardando la libertà personale del richiedente “sponsorizzato”. Nell'accantonare entrambe queste opzioni, il governo ha probabilmente inteso massimizzare l'efficacia deterrente legata alla perdita della garanzia: per chi abbia poche chance di ottenere protezione, sapere che la garanzia viene escussa solo nell'ipotesi di fuga significa avere un incentivo a restare per attendere l'esito e recuperare l'importo; analogamente, chi presti la garanzia personalmente avrà più interesse a recuperarla, e dunque a non spostarsi in altro Stato membro, di chi benefici del generoso sostegno di uno sponsor (senza necessità di arrivare a immaginare che dietro quello sponsor possano celarsi organizzazioni di trafficanti, come pure sarebbe ipotizzabile).

L'equivalenza funzionale con il trattenimento spiega, dunque, molte delle scelte compiute con il d.m. 14 settembre. Resta un ultimo dubbio: se le modalità ivi previste per costituire la garanzia finanziaria siano tali da favorirne davvero l'utilizzo da parte dei richiedenti. Il decreto prescrive che la garanzia sia prestata «in unica soluzione mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa» e costituita «entro il termine in cui sono effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico» (art. 3, c. 2 e 3). Sarebbe difficile trattarsi di forme e tempi difficili da osservare nel contesto delle operazioni che seguono lo sbarco e instradano il richiedente verso la procedura di frontiera. L'attuazione pratica ci dirà se i richiedenti saranno (messi) in condizione di avvalersi di questa alternativa al trattenimento o se, invece, la disciplina in esame miri piuttosto a rispondere a una aspettativa dei partner europei, sempre interessati a verificare che l'Italia faccia tutto quanto il diritto UE consente per limitare i movimenti secondari dei migranti verso il resto dello spazio Schengen.

3. *Il fraintendimento della giurisprudenza europea da parte del Tribunale di Catania*

Come si è tentato fin qui di chiarire, la questione giuridica è più complessa di quanto a prima vista sembrerebbe. L'istituto della garanzia finanziaria come alternativa al trattenimento, dai più ricostruita in termini di inaccettabile discriminazione “censitaria”, sembra poter essere ricostruita anche in una chiave accettabilmente “efficientista”, compatibile con il quadro normativo europeo. Se le norme UE consentono, come si è acclarato, *a)* di trattenere le categorie di richiedenti individuate dal legislatore italiano nell'ambito della procedura di frontiera e *b)* di prevedere, come alternativa al trattenimento, «la

costituzione di una garanzia finanziaria», si può comunque ritenere che il d.m. del 14 settembre sia illegittimo?

A questo interrogativo, il Tribunale di Catania ha fornito, con decisione del 29 settembre, una risposta affermativa, riassumibile, nella sostanza, così: il d.m. sulla garanzia finanziaria è contrario alle norme europee perché queste vanno intese nel senso che nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di non poter provvedere alle proprie necessità.

Tale conclusione si fonda sul richiamo alla pronuncia resa dalla Corte di giustizia in un caso del maggio 2020, riguardante il trattenimento di richiedenti asilo privi di mezzi nella famigerata zona di transito ungherese di Röszke⁶. In quella occasione, la Corte di giustizia ha affermato che un richiedente asilo non può essere «trattenuto per il solo motivo che egli non può sovvenire alle proprie necessità» (punto 256), in quanto l'art. 8, par. 3, della direttiva 2013/33 non include tale motivo tra quelli che consentono il trattenimento. Inoltre, facendo leva sul duplice obbligo di esaminare «caso per caso» le situazioni dei richiedenti da sottoporre a trattenimento (art. 8, par. 2) e di motivare i relativi provvedimenti (art. 9, par. 2), la Corte europea ha ribadito che un richiedente asilo non può essere trattenuto «senza che la necessità e la proporzionalità di tale misura siano state previamente esaminate e senza che sia stata adottata una decisione amministrativa o giudiziaria che indichi i motivi di fatto e di diritto per i quali un siffatto trattenimento viene disposto» (punto 259).

Sulla scorta di questa pronuncia, il Tribunale di Catania, anzitutto, asserisce che la disciplina dettata dal d.m. si pone in contrasto con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, interpretati appunto dalla Corte di giustizia nel senso che nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di non poter provvedere alle proprie necessità. Quindi, data per scontata la diretta applicabilità di tale principio al caso di specie, se ne trae l'implicazione che la garanzia finanziaria «non può essere considerata misura alternativa al trattenimento», trattandosi piuttosto di «un requisito amministrativo imposto per il solo fatto che [il richiedente] chiede protezione internazionale», con conseguente violazione delle norme sull'accoglienza e dei diritti conferiti dalla direttiva 2013/33/UE.

Inoltre, nella sentenza si afferma – senza, però, fornire elementi circostanziali a supporto – che il provvedimento di trattenimento adottato dal questore «non [è] corredato da idonea motivazione» e che «difetta ogni valutazione su base individuale delle esigenze di protezione manifestate, nonché della ne-

⁶ CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, *F.M.S. et al.*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU.

cessità e proporzionalità della misura in relazione alla possibilità di applicare misure meno coercitive».

Quindi, il Tribunale si produce in una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, par. 2, lett. c) della direttiva 2013/33/UE. Benché tale previsione espressamente consenta di sottoporre un richiedente asilo a trattenimento «per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio», si arriva a sostenere che l'art. 10, terzo comma, Cost. porti a escludere «che la mera provenienza del richiedente asilo da Paese di origine sicuro possa automaticamente privare il suddetto richiedente del diritto a fare ingresso nel territorio italiano per richiedere protezione internazionale».

Su questa base, il Tribunale catanese disapplica il d.m. 14 settembre 2023, in quanto «non compatibile con gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, come interpretati dalla Corte di giustizia», e nega la convalida del provvedimento di trattenimento, disposto nei confronti di un richiedente asilo tunisino che non aveva prestato garanzia finanziaria.

Il dubbio principale suscitato dalla lettura di questa pronuncia può essere articolato nei seguenti interrogativi. Primo: il principio enunciato dalla Corte di giustizia nel caso ungherese si attaglia altrettanto bene al caso italiano in esame? Secondo: come si concilia il principio enunciato dalla Corte di giustizia con il dettato dell'art. 8, par. 4, della direttiva 2013/33/UE, che pianamente ammette, tra le misure alternative al trattenimento dei richiedenti, la costituzione di una garanzia finanziaria?

Sul primo punto, va rilevato che nel caso deciso dalla Corte di giustizia e in quello in esame le questioni giuridiche non sono del tutto sovrapponibili. Lì, oggetto del giudizio sono i trattenimenti di fatto, praticati dalle autorità ungheresi senza alcun provvedimento e senza esame individuale, sulla base di una disciplina legislativa che prevedeva il trattenimento (anche alla frontiera) come unica forma di accoglienza per qualsiasi richiedente che «non sia in grado di sovvenire alle proprie necessità» (art. 62, par. 3, della legge ungherese sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi). Nel caso italiano, invece, il trattenimento è disposto da un provvedimento amministrativo, in attuazione delle norme sulla procedura di frontiera. La diversità tra le due situazioni è evidente: il fatto che un richiedente non abbia risorse (lì, per provvedere autonomamente alle proprie necessità, senza gravare sul sistema pubblico di accoglienza; qui, per costituire la garanzia finanziaria prevista come misura alternativa alla detenzione) nel caso ungherese è l'unica ragione del trattenimento, inteso come modalità di accoglienza (in contrasto con le finalità della direttiva 2013/33/UE, secondo la Corte di giustizia); nel caso italiano, invece, di per sé, non basta a giustificare il trattenimento, che si fonda su un

altro presupposto: la provenienza del richiedente (nel caso di specie, tunisino) da un paese di origine considerato «sicuro».

Questa differenza alimenta il dubbio di fondo: se, nel caso italiano, il trattenimento del richiedente è disposto *innanzitutto* perché questi proviene da un paese terzo sicuro e la indisponibilità di risorse rileva, al più, come condizione *accessoria* (ma sarebbe forse più corretto ritenere, in positivo, che la disponibilità di risorse sufficienti a costituire la garanzia finanziaria operi come condizione “risolutiva” del trattenimento), come può ritenersi *sic et simpliciter* applicabile al nostro caso il principio europeo secondo cui un richiedente asilo non può essere «trattenuto *per il solo motivo* che egli non può sovvenire alle proprie necessità»?

L'unico modo sarebbe quello di ritenere che quel principio vada inteso nel senso, decisamente più lato, che il diritto UE vieti di assegnare qualsiasi rilevanza alla capacità finanziaria del richiedente asilo in vista della decisione sul suo trattenimento. Ma questa interpretazione non solo è smentita dalla formula adottata dalla Corte di giustizia, più circoscritta e correlata allo specifico caso ungherese. Essa sarebbe altresì contraria – e così può risponderci anche al secondo interrogativo – all'art. 8, par. 4, della direttiva accoglienza, che espressamente ammette la possibilità di prevedere la garanzia finanziaria come alternativa al trattenimento.

La pronuncia del Tribunale di Catania sollecita, poi, interrogativi ulteriori, che qui è possibile soltanto enunciare: quand'è che può ritenersi sufficiente la motivazione di un provvedimento che dispone il trattenimento di un richiedente asilo, sul presupposto che questi provenga da un paese terzo sicuro, non abbia un passaporto, né abbia prestato idonea garanzia finanziaria? Quali caratteristiche deve avere un provvedimento (individuale) per dare sufficiente dimostrazione che la situazione (individuale) del destinatario sia stata adeguatamente considerata? L'esame individuale deve riguardare anche il fondamento della domanda di asilo o limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti per l'adozione della procedura di (esame con trattenimento alla) frontiera? Infine, se l'art. 10, terzo comma, Cost. impone di negare «che la mera provenienza del richiedente asilo da Paese di origine sicuro possa automaticamente privare il suddetto richiedente del diritto a fare ingresso nel territorio italiano per richiedere protezione», perché non sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 6-*bis*, d.lgs. n. 142 del 2015, come novellato dalla legge n. 50 del 2023?

4. Dura lex, sed lex?

Al termine del primo anno di governo, la strategia del Governo Meloni può dirsi ormai delineata e imperniata su tre assi. Il primo è la limitazione

della capacità delle ONG di compiere operazioni di ricerca e soccorso, poco utilmente confusa con l'azione di contrasto dei trafficanti di esseri umani e foriera di problemi diplomatici prima con la Francia⁷ e ora con la Germania⁸. Il secondo è la costruzione di un consenso europeo sulla necessità di ottenere la collaborazione della Tunisia nel contenimento dei flussi dal Nordafrica, con esiti brillanti sul piano politico⁹, ma modesti, se non nulli finora, sul piano operativo (dopo l'accordo del 16 luglio, i flussi dalla Tunisia non sono diminuiti bensì aumentati). Il terzo asse è l'inasprimento delle misure coercitive impiegate nella gestione degli arrivi spontanei, in riferimento tanto ai richiedenti asilo (si pensi all'introduzione della procedura di frontiera con l. n. 50 del 2023), quanto ai migranti irregolari (l'art. 20 del d.l. 19 settembre 2023, n. 124 ha esteso il termine di durata massima del loro trattenimento a fini di rimpatrio da 3 a 18 mesi).

Mentre sui primi due versanti il governo in carica funge spesso da “*front-runner*” nel panorama europeo, su quest'ultimo versante appare piuttosto un “*follower*”. Soltanto nel 2023 l'Italia ha introdotto la procedura di frontiera, già ammessa dieci anni fa dalla direttiva accoglienza, e ha allineato il termine massimo di durata del trattenimento ai 18 mesi che la direttiva rimpatri prevede da quindici anni. E soltanto ora l'Italia consente ai richiedenti di evitare il trattenimento quando siano in grado di prestare idonea garanzia finanziaria, come auspicato dalla direttiva 2013/33/UE.

Queste decisioni politiche sono, con tutta evidenza, ispirate a scelte di valore lontane dall'idea che la coercizione debba essere utilizzata come *extrema ratio* e non come ordinario strumento di compressione delle “libertà degli altri” a fini di deterrenza. Tuttavia, il giudizio politico e il giudizio tecnico devono essere tenuti distinti. L'onestà intellettuale e il senso di responsabilità per la funzione “pubblica” del giurista impongono di riconoscere quando una decisione, pur non gradita per i valori che esprime, deve considerarsi legittima in base a una rigorosa ricostruzione del quadro giuridico.

⁷ Su cui sia consentito rinviare a M. SAVINO, *Il passo falso del Governo Meloni sulle navi ONG e il rischio di isolamento dell'Italia nell'Unione*, in G. DEL TURCO, C. MILANO, M. SAVINO, M. TUOZZO, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 15 ss.

⁸ V. *Migranti, monito di Berlino: 'Roma rispetti Dublino o noi non accoglieremo più'*, in *Ansa*, 22 settembre 2023.

⁹ Si pensi al ruolo svolto dal governo italiano nell'importante Consiglio UE dello scorso giugno, su cui v. M. SAVINO, *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri*, in questo Volume, p. 21 ss.

ANCORA SU PROCEDURA DI FRONTIERA
E MISURA ALTERNATIVA DELLA GARANZIA FINANZIARIA:
I LIMITI DELL'APPROCCIO DEL TRIBUNALE DI CATANIA

Mario Savino *

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La tesi “radicale” della contrarietà al diritto UE della garanzia finanziaria in sé, e il suo precoce declino. – 3. La tesi “apparentemente minimalista” della valutazione caso per caso e la sua necessaria riconduzione al piano amministrativo. – 4. La tesi “moderata” della necessità di alternative *effettive* al trattenimento, e l’auspicio che la Corte di cassazione ne tenga conto. – 5. Il ruolo dei giudici comuni nella protezione dei diritti dei migranti.

1. *Introduzione*

Dopo i primi decreti del 29 settembre 2023, di non convalida del trattenimento di richiedenti asilo provenienti dalla Tunisia¹, il Tribunale di Catania, nel mese di ottobre, ha adottato altre decisioni dello stesso segno². Pur declinate diversamente in relazione ai singoli casi, quelle decisioni si fondano tutte sull’asserito contrasto delle recenti disposizioni nazionali in tema di procedura di frontiera³ e di garanzia finanziaria come misura alternativa al trattenimento alla frontiera⁴ con il diritto UE e, in particolare, con la direttiva accoglienza⁵ e con la direttiva procedure⁶.

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ Tribunale di Catania, decreti del 29 settembre 2023, R.G. n. 10459/2023, n. 10460/2023 e n. 10461/2023, tutti a firma del giudice Apostolico.

² Decreto dell’8 ottobre 2023, R.G. n. 10798/2023 (giudice Cupri). Si è avuto modo di consultare anche i decreti n. 10885 e 10887, adottati rispettivamente il 10 e 11 ottobre dal giudice Apostolico.

³ Art. 6-*bis* del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, introdotto dalla legge 5 maggio 2023, n. 50.

⁴ Decreto del ministero dell’interno del 14 settembre 2023. Diverso è il fondamento del decreto di non convalida adottato dal Tribunale di Potenza il 12 ottobre 2023, R.G. n. 3698/2023, trattandosi, in quel caso, di un trattenimento disposto dalla Questura di Forlì in un ambito territoriale non rientrante tra le zone di frontiera o di transito (identificate nel decreto del Ministero dell’interno del 19 agosto 2019) nelle quali è applicabile la procedura di frontiera.

⁵ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

⁶ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

Le decisioni del tribunale catanese hanno avuto una vasta eco, sia sul piano istituzionale, per il conflitto tra governo e magistratura che ne è derivato⁷, sia sul piano scientifico⁸. La scelta del giudice catanese di disapplicare le norme nazionali ritenute contrarie al diritto UE solleva interrogativi sia in ordine alla loro compatibilità con le fonti europee invocate, sia in merito al ruolo del giudice comune nella protezione dei diritti fondamentali.

Nell'affrontare questi interrogativi, tenterò di riportare alla luce le tre linee argomentative (una “radicale”, l'altra “apparentemente minimalista” e la terza più “moderata”) che mi pare si stratifichino e, a tratti, si confondano nella serie di decisioni fin qui adottate dal Tribunale di Catania.

Sosterrò, quindi, due tesi: *i*) che un dubbio di compatibilità tra la disciplina italiana e le norme europee esiste, ma attiene a un profilo (di *effettività* della garanzia finanziaria come misura alternativa al trattenimento) diverso da quelli segnalati dal Tribunale di Catania; *ii*) che, tanto più ove vi sia un rischio di conflitto aperto con l'orientamento del legislatore, sarebbe (non doveroso, ma certamente) opportuno, per il giudice comune, utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, invece che disapplicare direttamente le norme interne sulla base di una autonoma valutazione di non conformità alle fonti europee.

2. *La tesi “radicale” della contrarietà al diritto UE della garanzia finanziaria in sé, e il suo precoce declino*

Il diritto UE non proibisce l'utilizzo della garanzia finanziaria come misura alternativa. Al contrario, l'art. 8(4) della direttiva accoglienza espressamente

⁷ Si v. il documento approvato dal Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, disponibile qui: <https://www.associazionemagistrati.it/doc/4037/lanm-sul-caso-catania.htm>.

⁸ Si v., tra gli altri, S. ALBANO, *Il giudice non convalida i trattenimenti di tre migranti tunisini disposti in base alla nuova disciplina delle procedure di frontiera*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2023; E. CELORIA, V. PASSALACQUA, *Turning the Exception into the Rule. Assessing Italy's New Border Procedure*, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2023; C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: commento al decreto del Tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2023; C. PANZERA, *L'accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2023; M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale dalla garanzia finanziaria è legittimo?*, in questo Volume, p. 53 ss.; V. PASSALACQUA, *Procedura di frontiera e trattenimento: profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione*, in questo Volume, p. 45 ss.; E. VALENTINI, *Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?*, in questo Volume, p. 69 ss.

stabilisce: «Gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, *la costituzione di una garanzia finanziaria* o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato». Questa previsione induce a diffidare di una prima e più “radicale” versione della tesi della contrarietà al diritto UE della garanzia finanziaria, fondata sull'argomento del carattere intrinsecamente discriminatorio in base al censo dell'istituto italiano.

Questa prima tesi emerge con nitore da quei passaggi dei decreti del 29 settembre nei quali il Tribunale sostiene che la garanzia «non si configura come misura alternativa al trattenimento ma come *requisito amministrativo* imposto al richiedente (...) per il solo fatto che chiede protezione internazionale». Il fondamento di tale affermazione, tanto perentoria quanto oscura⁹, risiederebbe nell'insanabile contrasto con gli art. 8 e 9 della direttiva accoglienza (2013/33/UE), interpretati alla luce dell'affermazione della Corte di giustizia secondo cui un richiedente asilo non può essere «trattenuto *per il solo motivo* che egli non può sovvenire alle proprie necessità»¹⁰.

Come ho già cercato di chiarire¹¹, questa versione “radicale” della tesi della contrarietà al diritto UE incontra due limiti: è difficilmente armonizzabile con il dettato dell'art. 8(4) della direttiva accoglienza, che ammette espressamente le “cauzioni”, e si fonda su una lettura incauta del *dictum* della Corte di giustizia appena richiamato.

A differenza del caso (ungherese) deciso nella sentenza della Corte di giustizia evocata, nel caso italiano la mancata costituzione della garanzia finanziaria non può essere intesa come «*il solo motivo*» del trattenimento. In base alle norme vigenti, infatti, il trattenimento può essere disposto soltanto se ricorrono altri due motivi o presupposti: il primo è la provenienza da un Paese terzo sicuro, condizione necessaria per applicare la procedura di esame accelerata e/o alla frontiera¹²; la seconda è il mancato possesso del passaporto, operando

⁹ Non è ben chiaro a chi scrive quali siano i presupposti della (ri)qualificazione della garanzia finanziaria in termini di «requisito amministrativo», in luogo della espressa qualificazione normativa in termini di «misura alternativa al trattenimento» (art. 3, d.m. 14 settembre 2023), e quali implicazioni dovrebbero derivarne sul piano applicativo. Sembra trattarsi di un maldestro tentativo di negare la riconducibilità della garanzia finanziaria all'ambito applicativo dell'art. 8(4) della direttiva accoglienza, dedicato appunto alle alternative al trattenimento.

¹⁰ CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, *F.M.S. et al.*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, p.to 256 (corsivo aggiunto).

¹¹ M. SAVINO, *op. cit.*

¹² Come si desume dal combinato disposto degli articoli 28-*bis*, c. 2, lett. b-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 e 6-*bis*, c. 1, d.lgs. n. 142/2015.

la consegna del passaporto come misura alternativa “prioritaria”, sufficiente a escludere il trattenimento prim’ancora che venga in rilievo l’opzione della garanzia finanziaria.

È chiaro che, una volta accertata la sussistenza di questi due presupposti (provenienza da un paese terzo sicuro e mancato possesso del passaporto), la costituzione della garanzia finanziaria diventa *a quel punto* dirimente: l’unico modo per evitare il trattenimento. Tuttavia, ritenere che l’indisponibilità delle risorse necessarie per costituire la garanzia rappresenti «*il solo motivo*» della restrizione della libertà personale appare un artificio argomentativo destinato a dissolversi di fronte all’evidenza normativa di tre distinti presupposti del trattenimento, che devono essere tutti *cumulativamente* presenti.

Il ridimensionamento di questo argomento nei successivi decreti del Tribunale di Catania¹³, la puntualità dei rilievi dell’Avvocatura dello Stato in sede di ricorso per Cassazione avverso le prime decisioni del Tribunale catanese¹⁴ e l’assenza in letteratura di tentativi volti a difendere questa specifica versione della tesi dell’illegittimità comunitaria autorizzano a ritenere che quest’ultima sia destinata a un precoce oblio.

L’istituto della garanzia finanziaria è, per il suo stesso contenuto (finanziario), un istituto problematico, perché fa dipendere il godimento della libertà personale *anche* dalla disponibilità di una certa somma di danaro. Tuttavia, quell’istituto è espressamente ammesso dal diritto UE come una delle misure alternative al trattenimento: ove lo si ritenga di per sé misura in conflitto con i valori dell’ordinamento, servirà sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale.

3. *La tesi “apparentemente minimalista” della valutazione caso per caso e la sua necessaria riconduzione al piano amministrativo*

Dai decreti del Tribunale di Catania emerge, però, anche un’altra versione della tesi della illegittimità comunitaria, che definirò – per le ragioni che il lettore intuirà alla fine del paragrafo – “apparentemente minimalista”. Il principio cardine di questa prospettazione è la necessaria valutazione caso per caso delle ipotesi concrete di trattenimento, nell’ambito della procedura di frontiera così come in tutte le altre ipotesi di trattenimento previste dal diritto UE e, più in generale, dall’ordinamento.

¹³ In alcuni decreti di ottobre sopravvive, come cenno finale e tutto sommato marginale. Mentre in altri (per es., decreto dell’8 ottobre 2023, R.G. n. 10798/2023) non compare affatto.

¹⁴ Su cui v. la nota di Palazzo Chigi disponibile qui: <https://www.governo.it/it/articolo/migranti-ricorsi-contro-gli-atti-del-tribunale-di-catania-la-nota-di-palazzo-chigi/24023>.

Muovendo da questo assunto, il Tribunale di Catania ha rilevato di volta in volta, nei provvedimenti amministrativi sottoposti a convalida, vizi procedurali diversi. Prima, nei casi decisi il 29 settembre, ha censurato l'assenza di una idonea motivazione dei provvedimenti, a sua volta indice di una carente valutazione caso per caso; e ha altresì rilevato l'omissione di alcuni passaggi procedurali, come la mancata acquisizione dell'atto col quale il presidente della Commissione territoriale per l'asilo ritiene applicabile la procedura accelerata, presupposto del trattenimento. Poi, nel secondo gruppo di casi decisi a ottobre – non essendo più rilevabili i vizi precedenti (buon esempio di pronto adeguamento dell'amministrazione all'azione correttiva dei giudici) – ha ritenuto doveroso censurare l'applicazione della procedura di frontiera in luoghi (zona di transito di Ragusa) diversi da quello di sbarco (Lampedusa), trattandosi di scelta giustificata dal questore in termini di «mera difficoltà» nell'applicare la procedura nel luogo di arrivo, anziché nei termini di più assoluta «impossibilità» previsti dalla legge.

Come si vede, l'oggetto privilegiato di queste censure *procedurali* sono i singoli provvedimenti amministrativi. Il Tribunale nega la convalida dopo aver rilevato la violazione di norme – essenzialmente domestiche – che attengono alla dimensione della motivazione e del procedimento: un approccio “minimalista” che sembra lasciare impregiudicate sia la disciplina generale della procedura di frontiera (art. 6-*bis*, d.lgs. n. 142/2015), sia la disciplina di dettaglio della garanzia finanziaria (d.m. del 14 settembre 2023).

Senonché, un salto di ambizione si avverte laddove il Tribunale – richiama le norme europee che impongono agli Stati membri di non trattenere «una persona per il solo fatto di essere un richiedente» (art. 8(1)) e di disporre il trattenimento ai fini consentiti soltanto «sulla base di una valutazione caso per caso» (art. 8(2)) – giunge rapidamente alla conclusione che «l'art. 6 bis presenta profili di incompatibilità con l'articolo 8 della direttiva 2013/33 (...), non potendo, per un richiedente asilo, operarsi alcun automatico collegamento tra la mancanza di documenti, o la mancanza di risorse economiche, e l'intento di rendersi irreperibile e sottrarsi agli effetti dell'eventuale rigetto della domanda, e non potendo dirsi che, in tali casi, unica misura idonea a prevenire tale pericolo sia il trattenimento»¹⁵.

Qui, si avverte un improprio scivolamento dal piano amministrativo a quello legislativo. La necessità di assicurare una valutazione caso per caso non è più soltanto un parametro di legittimità del singolo provvedimento questorile, ma un principio brandito per mettere in discussione la scelta legislativa di

¹⁵ Tribunale di Catania, decreti del 10 e 11 ottobre 2023, nn. 10885 e 10887.

fondo: prevenire il pericolo di fuga (cioè i movimenti secondari nello spazio Schengen) attraverso la procedura di frontiera, che implica il trattenimento o, in alternativa, la consegna del passaporto o, ancora, la costituzione della garanzia finanziaria.

Affiora, così, un nuovo cedimento del Tribunale di Catania alla tentazione di mirare al bersaglio grosso e provare a ricavare da una lettura selettiva della normativa europea gli indizi di una antinomia insanabile per via interpretativa: indizi, cioè, che consentano di vanificare, disapplicandola in modo seriale, la disciplina della garanzia finanziaria e, con essa, la complessiva procedura di frontiera.

Una analoga tentazione parrebbe attraversare anche il dibattito scientifico. A supporto delle argomentazioni del Tribunale catanese, si sostiene, ad esempio, che la disciplina in esame (art. 6-*bis*, d.lgs. n. 142/2015) contrasterebbe con il diritto UE perché non richiama espressamente l'obbligo di motivare la decisione di trattenimento in relazione alla situazione individuale del richiedente (FAVILLI). Giova, però, ricordare che l'obbligo di motivare una decisione amministrativa (art. 3, l. n. 241/1990) è un *principio generale*, applicabile a qualsiasi provvedimento di carattere individuale, anche quando nella disciplina di settore manchi una previsione specifica a riguardo. Parrebbe questa, anzi, una delle ipotesi in cui l'esperimento di un tentativo di interpretazione conforme al diritto UE (e ai principi generali dell'ordinamento) è più a portata di mano.

Nell'ordinamento nazionale esiste un solido apparato di garanzie amministrative (a partire da quelle relative al giusto procedimento), che consentono di colmare eventuali lacune della legislazione di settore. Il diritto UE può ben integrare e arricchire quei principi nazionali, ma più difficilmente giustificare l'integrale disapplicazione di plessi normativi. Se, invece, i dubbi di legittimità attengono alle scelte legislative di fondo, occorre verificare se quelle scelte siano riconducibili allo stesso diritto UE. Ove sia così, la disapplicazione non può sostituirsi agli strumenti appropriati, che restano il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e l'incidente di costituzionalità.

4. *La tesi “moderata” della necessità di alternative effettive al trattenimento, e l'auspicio che la Corte di cassazione ne tenga conto*

Nei decreti del Tribunale di Catania è abbozzata un'ultima linea argomentativa, che definirò “moderata”. Nelle decisioni del 29 settembre si segnala l'esigenza – ricondotta dall'art. 8(2) della direttiva accoglienza – di assicurare la «necessità e proporzionalità della misura [di trattenimento] in relazione alla

possibilità di applicare misure meno coercitive». Benché nei decreti successivi questa linea argomentativa non trovi adeguato svolgimento, essa può essere declinata su due versanti.

Il primo riguarda l'entità della cauzione. L'art. 2 del d.m. del 14 settembre ne correla l'importo a una serie di parametri, la cui adeguatezza potrebbe rilevare ai fini di un sindacato sulla ragionevolezza della quantificazione. Soprattutto, l'importo è determinato in misura fissa, pari a 4.938 euro: una rigidità che – come rilevano alcuni¹⁶ – contraddice l'esigenza di modulare la cauzione «alla luce della situazione particolare dei richiedenti asilo», già da alcuni anni esplicitata dall'EASO (ora Agenzia europea per i rifugiati)¹⁷.

La commisurazione di una cauzione alla situazione specifica del soggetto interessato è sempre auspicabile, tanto più quando – come nella fattispecie in esame – la misura incida su un diritto fondamentale. Sul piano della concreta applicazione, tuttavia, alcuni dubbi sulla percorribilità di tale soluzione possono sorgere. È difficile, infatti, ipotizzare che, nel contesto degli sbarchi e delle procedure applicate nei c.d. punti di crisi, la polizia di frontiera sia in grado di reperire tempestivamente le informazioni utili a valutare la capacità finanziaria di ogni singolo richiedente e a determinare di conseguenza l'importo della cauzione¹⁸. E, d'altra parte, proprio l'incerta quantificazione *ex ante* dell'importo potrebbe rendere ancor meno agevole la costituzione della garanzia.

Più promettente, perciò, appare l'applicazione dei canoni di necessità e proporzionalità a un secondo versante, riferito non più alla cauzione bensì al trattenimento. In base all'art. 8(2) della direttiva accoglienza, il trattenimento può essere disposto «ove necessario (...) salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive». Il test di necessità legittima la detenzione amministrativa soltanto quando, nel caso concreto, non siano applicabili le alternative meno afflittive, che però devono essere presenti. Per questo l'art. 8(4) impone agli Stati membri di prevedere misure alternative al trattenimento, indicando a titolo esemplificativo alcune opzioni.

Una volta introdotta la procedura di frontiera, l'Italia ha formalmente ottemperato, prevedendo – come si è visto – la duplice opzione della consegna del passaporto e della garanzia finanziaria (art. 6-*bis*, c. 2). Entrambe le alternative, tuttavia, sono difficilmente percorribili in pratica: nel caso del passa-

¹⁶ Cfr. E. CELORIA, V. PASSALACQUA, *op. cit.*

¹⁷ EASO, *Detention of applicants for international protection in the context of the Common European Asylum System*, Judicial Analysis, 2019 (<https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Detention-JA-EN-PDF.pdf>).

¹⁸ Convergente C. PANZERA, *op. cit.*, nota n. 168.

porto, è raro che il richiedente ne abbia chiesto e ottenuto il rilascio prima della fuga o che riesca a non perderlo o farselo sottrarre durante il viaggio; nel caso della cauzione, è difficile che un richiedente disponga all'arrivo dell'importo necessario e che, anche quando ciò avvenga, riesca a rispettare le restrittive condizioni imposte dalla normativa (costituzione entro 3 giorni, in unica soluzione, mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa, senza possibilità che sia versata da terzi: così l'art. 3 del d.m. del 14 settembre 2023). Di conseguenza, per la gran parte dei richiedenti, l'obiettivo impossibilità di beneficiare delle alternative trasforma il trattenimento da *extrema ratio* a unica misura *de facto* applicabile¹⁹.

D'altra parte, sempre sul piano fattuale, si potrebbe obiettare che, anche nell'ambito della procedura di frontiera, il trattenimento continuerà ancora a lungo ad essere applicato in modo (molto) selettivo, data la penuria di posti, come già avviene nell'ambito delle procedure di rimpatrio dei migranti irregolari. Lo conferma il rinvio esplicito dell'art. 6-*bis*, c. 1, ai criteri definiti dall'articolo 14, c. 1.1, TUI, che assegnano priorità, ai fini del trattenimento, ai soggetti pericolosi e ai «cittadini di Paesi terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia di rimpatrio, o che provengano da essi». Una conferma indiretta si trae proprio dai decreti del Tribunale di Catania, che riguardano provvedimenti di trattenimento disposti esclusivamente nei confronti di cittadini della Tunisia, il principale Paese terzo sicuro verso il quale l'Italia riesce a effettuare un numero significativo di rimpatri (l'80% del totale nell'ultimo anno).

A tale obiezione, d'altra parte, sembra potersi replicare che l'assenza di alternative *effettive* rende comunque il trattenimento l'unica misura di fatto applicabile per i richiedenti che rientrano nelle categorie prioritarie dell'art. 14, c. 1.1, nonché per i richiedenti appartenenti a categorie non prioritarie, se e quando la capacità del sistema detentivo italiano consentirà di trattenerli.

Se questo ragionamento fosse corretto, un problema di compatibilità con il diritto UE, allora, esisterebbe davvero. E di tale problema dovrebbe farsi carico la Corte di cassazione. Il ricorso del Governo contro le decisioni del tribunale di Catania le offrirà l'opportunità di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e tale opportunità andrebbe colta, trattandosi di un giudice di ultima istanza che deve salvaguardare l'uniforme interpretazione sia del diritto interno sia del diritto Ue.

¹⁹ In senso analogo E. CELORIA, V. PASSALACQUA, *op. cit.*; C. PANZERA, *op. cit.*, C. FAVILLI, *op. cit.*

5. *Il ruolo dei giudici comuni nella protezione dei diritti dei migranti*

Secondo una visione consolidata a livello europeo – non scalfita neppure dalla positiva sperimentazione della libertà di movimento riconosciuta ai profughi ucraini beneficiari della protezione temporanea²⁰ – i movimenti secondari dei migranti rappresentano una minaccia alla sicurezza dello spazio Schengen e alla sua stessa sopravvivenza. Il principale rimedio, concepito in funzione di prevenzione di quei movimenti è stato, appunto, individuato nella procedura di frontiera, che rappresenterà il tema costituzionale dei prossimi anni.

Il trattenimento alla frontiera dei richiedenti asilo è contemplato dal diritto UE – in bene dieci ipotesi (lettere da a) a j) dell’art. 31(8) della direttiva procedure), due delle quali recepite nel diritto interno (l’elusione dei controlli alle frontiere e la provenienza da paesi terzi sicuri) – proprio per evitare che quei richiedenti vengano trasferiti negli ordinari centri (aperti) di accoglienza e da lì possano spostarsi verso altri Stati membri. Le proposte collegate al Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo²¹, ormai prossime all’approvazione, vanno oltre. La procedura di frontiera, ora facoltativa, diverrebbe obbligatoria per tutti gli Stati membri (frontalieri) quando il richiedente abbia fornito false informazioni o documenti, rappresenti una minaccia per la sicurezza, o appartenga a uno Stato terzo per il quale il tasso di accoglimento delle richieste di asilo sia inferiore al 20% al livello europeo. Inoltre, la durata massima dei trattenimenti passerebbe dalle attuali 4 settimane a 6 mesi, estensibili a 7²².

Si va, dunque, consolidando un paradigma di gestione dei flussi spontanei orientato in un senso sempre più marcatamente coercitivo. Questi sviluppi, appena avviati, non mancheranno di generare una forte tensione con il sistema, costituzionale ed europeo, di tutela della libertà personale. Al contempo, si tratta di sviluppi fortemente voluti dall’attuale esecutivo in Italia, e, prim’ancora, da una solida maggioranza di Stati membri dell’Unione europea.

²⁰ Commissione europea, *Temporary protection for those fleeing Russia’s war of aggression against Ukraine: one year on*, 8 marzo 2023, spec. p. 21 (https://home-affairs.ec.europa.eu/temporary-protection-those-fleeing-russias-war-aggression-against-ukraine-one-year_en). Com’è noto, con la decisione di esecuzione 2022/382 del 4 marzo 2022, gli Stati membri hanno rinunciato all’applicazione dell’art. 11 della direttiva sulla protezione temporanea.

²¹ Comunicazione del 23 settembre 2020 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, COM(2020) 609 final.

²² Artt. 41 ss. della Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura di protezione internazionale nell’Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final.

In questo contesto, la “resistenza” del Tribunale di Catania costituisce un esempio paradigmatico di “attivismo anti-maggioritario”. Con le loro decisioni di non convalida dei trattenimenti, i giudici catanesi hanno messo in discussione un tassello fondamentale di quel disegno legislativo in Italia. Lo hanno fatto, però, sulla base di argomenti giuridici che, come si è tentato di evidenziare, non sono inattaccabili. E lo hanno fatto tramite il ricorso sistematico al potere di disapplicazione, senza sottoporre alla Corte di giustizia i plurimi dubbi di compatibilità col diritto UE avanzati e senza sollevare davanti alla Corte costituzionale la questione di fondo della compatibilità con l’art. 13 Cost.

Il problema che simili atteggiamenti di “resistenza” pongono non è solo giuridico, ma istituzionale. Il rischio – come la cronaca delle ultime settimane testimonia – è l’insorgere di un conflitto aperto con la maggioranza legislativa e di governo e, quindi, tra poteri dello Stato. È vero che «in base all’art. 267 TFUE, è solo il giudice di ultima istanza, quello le cui decisioni non sono più impugnabili, che ha l’obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia, mentre al giudice non di ultima istanza è riconosciuta una [mera] facoltà» (Favilli). Ma la giurisprudenza è anche prudenza. La sensibilità istituzionale dovrebbe indurre il giudice – qualsiasi giudice, anche quello comune – a profondere un genuino sforzo di interpretazione conforme e, soltanto quando questo non dia risultati, ricorrere agli strumenti di risoluzione delle antinomie che l’ordinamento appronta: nel caso di (presunto) contrasto con la Costituzione, l’incidente di costituzionalità; nel caso di (presunto) contrasto con il diritto UE, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; in via residuale, quando il contrasto con le fonti europee sia già stato acclarato (dalla stessa Corte di giustizia) o sia comunque manifesto, la non applicazione delle norme interne, in attesa di una loro rimozione da parte del legislatore. Disapplicare direttamente una norma di legge significa interferire con la funzione propria del potere legislativo ed è perciò opportuno che i giudici lo facciano con cautela.

**LA PROCEDURA DI FRONTIERA:
VERSO UNA DETENZIONE SU LARGA SCALA
DEI RICHIEDENTI ASILO?**

IL PROTOCOLLO TRA ITALIA E ALBANIA
IN MATERIA MIGRATORIA:
PRIME RIFLESSIONI SUI PROFILI DELL'EXTRATERRITORIALITÀ¹

Mario Savino*, Flavio Valerio Virzì**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La creazione di una giurisdizione extraterritoriale e il necessario coinvolgimento del Parlamento. – 3. Il soccorso in alto mare e la dubbia applicabilità del diritto UE. – 4. Il trasferimento in Albania e il divieto di *refoulement*. – 5. I problemi di natura procedurale. – 5.1. I vincoli derivanti dal diritto interno. – 5.2. I vincoli derivanti dal diritto UE. – 6. Un futuro incerto.

1. *Introduzione*

Il 6 ottobre 2023, Italia e Albania hanno stipulato un accordo, che prefigura un inedito tentativo di gestione extraterritoriale dei migranti². Nell'accordo, quinquennale ma rinnovabile, si prospetta il trasferimento in territorio albanese dei naufraghi salvati dalle navi militari italiane e il loro trattenimento presso due centri chiusi ivi istituiti «al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea» (art. 4, c. 3). Tali strutture dovrebbero essere realizzate a spese dell'Italia, gestite dal suo personale e collocate in due aree del porto di Shengjin e della non distante località di Gjader. Nei due centri, i migranti verreb-

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

** Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Roma Sapienza

¹ Il presente contributo è il risultato di una riflessione comune dei due Autori. Tuttavia, la stesura dei singoli paragrafi è da attribuire a Flavio Valerio Virzì per i §§ 1, 2, 3 e 4, a Mario Savino per i §§ 5 e 6.

² Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei Ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, disponibile qui: <https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2023/12/PROTOCOLLO-ITALIA-ALBANIA-in-materia-migratoria.pdf>. Tra i primi commenti sull'accordo, cfr. ASGI, *Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, in *asgi.it*, 22 novembre 2023 e ID., *Accordo Italia-Albania, è incostituzionale non sottoporlo al Parlamento*, in *asgi.it*, 14 novembre 2023; A. DE LEO, *On the incompatibility of the Italy-Albania protocol with EU Asylum Law*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2023; L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema Penale*, 28 dicembre 2023; A. SPAGNOLO, *Sull'illegittimità del protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, in *SIDIBlog*, 9 novembre 2023.

bero «accolti [...] per il tempo strettamente necessario» all'espletamento delle procedure di frontiera o rimpatrio (art. 4, c. 3). Il trattenimento non potrebbe comunque durare per un tempo superiore «al periodo massimo di trattenimento consentito dalla vigente normativa italiana», al termine del quale le autorità italiane «provvedono all'allontanamento dei migranti dal territorio albanese» (art. 9, c. 1).

Il protocollo configura un regime di giurisdizione extraterritoriale. Le autorità italiane dovrebbero gestire i centri e le procedure «secondo la pertinente normativa interna ed europea» e «[l]e controversie che possano nascere tra le suddette autorità e i migranti accolti nelle suddette strutture sono sottoposte esclusivamente alla giurisdizione italiana» (art. 4, c. 2). Lo stesso accordo prevede la possibilità per avvocati, ONG e agenzie UE di accedere ai due centri, al fine di prestare consulenza e assistenza ai richiedenti protezione nazionale e, così, di «assicurare il diritto di difesa» (art. 9, c. 2).

Il presente contributo intende offrire un primo inquadramento del regime di extraterritorialità previsto dal protocollo. Ci si soffermerà, in particolare, su quattro profili: le condizioni per creare una giurisdizione territoriale (§ 2); l'applicabilità del diritto UE in relazione al soccorso dei migranti al di fuori del mare territoriale italiano (§ 3); la compatibilità del loro trasferimento in Albania con il principio di *non refoulement* (§ 4) e i vincoli giuridici allo svolgimento nei centri albanesi delle procedure di frontiera o di rimpatrio (§ 5).

2. *La creazione di una giurisdizione extraterritoriale e il necessario coinvolgimento del Parlamento*

Un primo ordine di dubbi riguarda la facoltà per uno Stato di creare una sfera di giurisdizione al di fuori del proprio territorio. L'evenienza prospettata dal protocollo con l'Albania non è un *unicum* nel panorama internazionale. A quali condizioni giuridiche il Governo italiano può estendere la propria giurisdizione al di fuori del suo territorio?

Il diritto internazionale generale non vieta a uno Stato di esercitare la propria giurisdizione sul territorio di un altro Stato che a ciò abbia prestato il proprio consenso. La creazione di un regime di extraterritorialità, perciò, di per sé non viola l'art. 10, c. 1, Cost. Né sembrerebbe potersi prospettare una violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., poiché – rinviandosi al seguito per le considerazioni sul diritto dell'Unione europea – non risultano vigenti convenzioni internazionali che limitino l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale in relazione al diritto di asilo.

Ineludibile appare, invece, il vincolo posto dall'art. 80 Cost., che impone l'autorizzazione parlamentare, con legge di ratifica, dei trattati internazionali «che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi». L'ipotesi di extraterritorialità in esame implica l'esercizio al di fuori del territorio dello Stato della «giurisdizione» italiana, intesa nell'accezione internazionalistica di *jurisdiction*, come potestà generale dello Stato (e non mera potestà giurisdizionale). Benché da questa giurisdizione extraterritoriale non derivi una «variazione di territorio», l'art. 80 Cost. rileva comunque nella parte in cui fa riferimento ai trattati internazionali che «sono di natura politica» o che importano «oneri alle finanze» o «modificazioni di leggi». Per questo, va salutata con favore la scelta del Governo di prevedere, dopo una iniziale riluttanza, un passaggio parlamentare di ratifica.

3. *Il soccorso in alto mare e la dubbia applicabilità del diritto UE*

L'applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dipende dalla giurisdizione degli Stati aderenti. Secondo la Corte di Strasburgo, l'applicazione della CEDU, di regola, è territoriale: uno Stato può essere chiamato a rispondere di violazioni commesse all'interno del proprio territorio proprio in quanto si presume che esso vi eserciti pieni poteri e controllo, cioè appunto la propria giurisdizione³. Tuttavia, eccezionalmente la Convenzione può applicarsi extraterritorialmente laddove lo Stato eserciti un «controllo effettivo» su una parte di territorio al di fuori dai propri confini ovvero, attraverso i suoi agenti, su un individuo⁴.

In base al protocollo Italia-Albania, assumerebbero rilievo soltanto i salvataggi operati dalle autorità italiane, cioè dai mezzi della Marina militare e della Guardia costiera e di finanza. Poiché «[l]e navi italiane in alto mare [...] sono considerate come territorio italiano» (art. 4 cod. nav.), l'applicabilità della CEDU è fuori discussione. Inoltre, essendo la CEDU applicabile quando uno Stato contraente eserciti un «controllo effettivo», tale situazione ricorrerà ogni qual volta una nave militare faccia salire a bordo i migranti soccorsi, anche al di fuori del mare territoriale. Di conseguenza, le autorità responsabili del soccorso sono obbligate a garantire il diritto dei migranti a non essere espulsi

³ Cfr. Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 12 dicembre 2001, *Banković v. Belgium*, ric. n. 52207/99.

⁴ Cfr. Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 7 luglio 2011, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, ric. n. 55721/07.

senza una previa valutazione della situazione individuale, in applicazione del principio di *non refoulement*⁵.

Più complesso è il discorso relativo al diritto UE. Stando alle prime dichiarazioni del Governo italiano, il protocollo siglato con l'Albania dovrebbe interessare soltanto i migranti soccorsi da navi italiane al di fuori del mare territoriale. Probabilmente muovendo da questa premessa, la Commissaria agli affari interni, Ylva Johansson, ha affermato che «l'accordo [...] non viola il diritto comunitario perché ne è al di fuori», sul presupposto, appunto, che esso «sembra applicarsi a tutti i soccorsi effettuati da navi italiane in alto mare, ovvero al di fuori delle acque territoriali italiane» e che il diritto UE è applicabile soltanto sul territorio degli Stati membri.

L'affermazione – pur rafforzata dal riferimento a un parere del Servizio giuridico della Commissione che però non è pubblico – non è priva di ambiguità e contraddizioni.

Innanzitutto, è vero che le acque internazionali non rientrano nella giurisdizione di uno specifico Stato (art. 89 UNCLOS). È, però, altrettanto pacifico che ogni Stato esercita la propria giurisdizione «sulle navi che battono la sua bandiera» (art. 94 UNCLOS).

Inoltre, giova ricordare che i trattati dell'Unione (art. 52 TUE, nonché artt. 77 e 355 TFUE) rimettono agli Stati membri il compito di definire i rispettivi territori, nell'ambito dei quali trova applicazione il diritto UE. Potrebbe allora già ritenersi assorbente la constatazione che, ai sensi del richiamato art. 4 del codice della navigazione, «[l]e navi italiane in alto mare [...] sono considerate territorio italiano». Il diritto UE sarebbe, perciò, applicabile anche alle navi militari che soccorrono i migranti in acque internazionali.

Infine, le norme dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia non forniscono indicazioni circa l'applicabilità del diritto UE a situazioni che coinvolgano migranti salvati in alto mare. Ritenerne, però, che le norme UE non si applichino all'intera fattispecie extraterritoriale prefigurata dal protocollo per il solo fatto che essa trae origine da operazioni di salvataggio condotte in acque internazionali sarebbe un'interpretazione molto difensiva, a suo modo ardita, nonché contraddittoria rispetto alla logica che presiede all'applicazione della CEDU.

È comunque chiaro, per converso, che il diritto UE, con il suo corredo di norme a tutela del diritto di asilo, dovrà ritenersi pienamente applicabile a tutte le situazioni nelle quali il migrante venga trasferito in Albania dopo es-

⁵ Come chiarito da Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09.

sere approdato sul territorio italiano (ad esempio, a Lampedusa) o anche solo transitato nelle acque territoriali italiane.

4. *Il trasferimento in Albania e il divieto di refoulement*

Un altro problema posto dal protocollo riguarda la legittimità del trasferimento dei migranti in Albania. Per quanto riguarda il diritto costituzionale, il problema si pone anzitutto in termini di compatibilità con il divieto di *refoulement* e con il diritto di asilo (art. 10, cc. 1 e 3, e all'art. 117, c. 1, Cost.).

In proposito, va anzitutto rilevato che l'Albania, anche per la sua adesione alla CEDU, garantisce i diritti fondamentali dei migranti secondo standard di tutela internazionali ed è quindi considerata un Paese terzo sicuro. Inoltre, il protocollo prevede che le autorità italiane mantengano la giurisdizione sui centri siti sul territorio albanese. Al trasferimento fisico dei migranti non corrisponde, cioè, la traslazione del migrante sotto la responsabilità giuridica del Paese terzo. L'accordo non sembrerebbe, perciò, implicare una fuga dell'Italia dalle responsabilità che le derivano dal diritto interno, europeo e internazionale in tema di non respingimento e di protezione internazionale.

In merito alla compatibilità con la CEDU, ricorre, nel dibattito pubblico, l'analogia tra l'accordo italo-albanese e il patto siglato dal Regno Unito per il trasferimento forzato dei migranti in Ruanda, la cui efficacia è stata sospesa dalla Corte EDU in via cautelare per violazione del divieto di non respingimento. Le differenze, però, sono evidenti: non solo e non tanto perché l'Albania, diversamente dal Ruanda, può essere considerata un Paese terzo sicuro, ma soprattutto perché l'Italia, come detto, si riserva di esercitare la propria giurisdizione su centri istituiti sul territorio albanese, diversamente dal Regno Unito, che rimette la determinazione dello status giuridico del migrante alla legislazione e alle autorità ruandesi⁶.

In altri termini, l'accordo italo-albanese delinea una *strategia di extraterritorializzazione*, che lascia impregiudicata la responsabilità sulle domande di asilo delle autorità ospitate nel Paese terzo. L'accordo britannico-ruandese delinea invece una *strategia di esternalizzazione*, che delega la responsabilità sulle domande di asilo alle autorità del Paese terzo ospitante.

Un più serio dubbio si ricava, tuttavia, dal diritto UE. L'art. 9 della dir. UE 32/2013 stabilisce che "I richiedenti sono autorizzati a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non

⁶ Per una ricostruzione delle vicende relative all'accordo tra Regno Unito e Ruanda, cfr. A. PASQUERO, *La Corte Suprema britannica blocca (per ora) il trasferimento di richiedenti asilo in Ruanda*, in *Sistema Penale*, 14 dicembre 2023.

abbia preso una decisione”. Ne deriva il riconoscimento ai migranti del “diritto di rimanere” nel territorio dello Stato membro in cui abbiano presentato domanda di protezione internazionale.

La dir. UE 32/2013, in effetti, sembrerebbe preclusiva del trasferimento dei migranti presenti sulla nave militare italiana – da intendersi come parte del territorio italiano – ai centri albanesi, posto che l’art. 9 assumerebbe rilievo non soltanto in presenza di una vera e propria formalizzazione della domanda di protezione internazionale, difficilmente realizzabile a bordo, ma altresì in presenza di una mera manifestazione della volontà di richiedere la protezione. Tanto si desume dal rinvio effettuato alla dir. UE 2011/95, che, all’art. 2, par. 1, let. h), identifica la «domanda di protezione» proprio con una «richiesta [...] rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide *da cui si può ritenere che intende* ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria».

D’altro canto, lo stesso art. 9 della direttiva vigente, oltre ad autorizzare alcune deroghe (diverse dall’ipotesi in esame), sembra suggerire una *ratio* complessiva finalizzata a garantire il *due process* nella procedura di asilo ed escludere il rischio di “*refoulement* diretto o indiretto” (par. 3) del richiedente una volta che questi venga trasferito nel Paese terzo. Se questa è la *ratio* della preclusione al trasferimento, il protocollo sembra tenerne conto, dato che il trasferimento non comporterebbe il venir meno della giurisdizione italiana e, con essa, delle garanzie previste dalle norme UE e nazionali, e che l’Italia avrebbe l’obbligo di ricondurre nel proprio territorio il migrante al termine della (fase extraterritoriale della) procedura di asilo e/o rimpatrio.

Più in generale, la riluttanza delle istituzioni UE ad ammettere una applicazione extraterritoriale del diritto UE è legata all’impostazione rigidamente territoriale del Sistema europeo comune di asilo (SECA): l’applicazione extraterritoriale delle norme sull’asilo potrebbe mettere “fuori gioco” i criteri di ripartizione della responsabilità per le domande d’asilo previsti dal regolamento Dublino. Da questo punto di vista, però, l’impostazione del protocollo non dovrebbe porre problemi: estendendo la propria giurisdizione ai centri albanesi, l’Italia assumerebbe la piena responsabilità per la trattazione delle richieste e, in caso di esito positivo, per la protezione, senza rimettere in discussione il riparto con gli altri Stati membri.

Anche per questo, con o senza un esplicito avallo europeo, il legislatore italiano potrebbe tentare di aggirare l’ostacolo giuridico introducendo una finzione di territorialità: una previsione di diritto interno con cui l’Italia definisca i centri situati in Albania come parte del suo territorio ai limitati fini dell’applicazione della direttiva. Tale finzione si esporrebbe a forti dubbi di

legittimità europea: benché la compatibilità con la *ratio* sottesa all'art. 9 possa in astratto autorizzare una diversa conclusione, la Corte di giustizia probabilmente censurerebbe la finzione come tentativo di aggiramento delle anzidette norme. Potrebbe, però, al contempo avviarsi una riflessione politica sul dogma della territorialità del SECA, la cui messa in discussione potrebbe dischiudere prospettive diverse anche sul versante "inclusivo" della costruzione di percorsi legali di ingresso da Paesi terzi.

Ad ogni modo, anche con l'entrata in vigore della Proposta di Regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione⁷, il vincolo derivante dall'art. 9 non verrebbe meno. Benché con maggiori limitazioni, il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro resterebbe tale, almeno nelle more della decisione sulla sua richiesta di protezione (art. 54). La proposta fa ricorso essa stessa a una finzione di extraterritorialità, stabilendo che «Per la durata dell'esame della domanda con procedura di frontiera il richiedente è tenuto alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito» (art. 41, par. 14, primo periodo). Tuttavia, si tratterebbe di finzione diversa da quella sopra ipotizzata, posto che ciascuno Stato membro dovrebbe comunque comunicare alla Commissione «i luoghi in cui sarà espletata la procedura di frontiera, siano essi alla frontiera esterna, in prossimità della stessa oppure in zone di transito» (art. 41, par. 14, secondo periodo) e che, qualora la capacità dei luoghi sia insufficiente, lo Stato membro non potrebbe fare altro che «designare altri luoghi siti *sul proprio territorio*» (art. 41, par. 15).

Quest'ultima specificazione appare dirimente. Se i luoghi per il trattenimento dei richiedenti, nell'ambito della procedura di frontiera, sono designabili soltanto se "siti" sul territorio dello Stato membro, la creazione di una giurisdizione territoriale come quella prevista dal protocollo – non equivalendo a una estensione del territorio – non sarebbe sufficiente. La nozione di "zona di transito" accolta dalla proposta europea, pur ampia, non sembra consentire l'individuazione di luoghi al di fuori del territorio europeo. Senza una modifica di questa parte della proposta, giunta alla fase finale di negoziazione, pare difficile dissipare i dubbi sulla applicabilità del norme UE sull'asilo. La fattispecie regolata dal Protocollo con l'Albania resterebbe tagliata fuori dall'ambito di applicazione di quelle norme sovranazionali, anche se, forse – come asserito dalla Commissaria Johansson – non in aperto contrasto con esse.

⁷ Proposta modificata di Regolamento del 23 settembre 2020 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final.

5. *I problemi di natura procedurale*

Un ulteriore gruppo di problemi riguarda il regime delle procedure extraterritoriali di frontiera e di rimpatrio. Di seguito, si esaminano i vincoli derivanti dalle norme nazionali ed europee poste a tutela del diritto di asilo e degli altri diritti “procedurali” posti a garanzia dello stesso.

5.1. *I vincoli derivanti dal diritto interno*

In base all’art. 4 del protocollo con l’Albania, le autorità italiane gestiranno i centri per migranti e le relative procedure di protezione internazionale e di rimpatrio secondo le pertinenti norme europee e italiane, nel rispetto, quindi, anche della Costituzione.

Dalla Costituzione deriva un primo vincolo in tema di protezione internazionale. L’applicabilità extraterritoriale delle sue norme in tema di asilo, invero, sembrerebbe preclusa dall’art. 10, c. 3, Cost., che riconosce il diritto d’asilo «*nel territorio della Repubblica*». L’art. 10, tuttavia, viene correntemente interpretato nel senso che il territorio repubblicano è il luogo in cui si beneficia dell’anzidetto diritto. Tale interpretazione autorizza una prognosi di compatibilità del protocollo, a condizione che si dia seguito alla previsione secondo cui, all’esito delle procedure di frontiera, i migranti meritevoli di protezione vengono ricondotti in Italia (art. 9, c. 1) per godere della protezione.

Più rilevanti appaiono i problemi legati all’effettività del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e, per suo tramite, dei diritti di asilo e alla libertà personale (artt. 10, c. 3 e 13 Cost.). Occorrerà, però, attendere le norme di attuazione del protocollo per comprendere, per esempio, come i richiedenti, in condizione di trattenimento, possano comparire dinanzi alla Commissione per lo svolgimento dell’audizione o dinanzi all’organo giudiziario per la tempestiva convalida.

Le opzioni in astratto ipotizzabili sembrano essere due: l’istituzione, presso i centri albanesi, di apposite sezioni delle Commissioni territoriali e degli organi giudiziari, oppure la previsione di procedure di audizione e di convalida per via telematica.

La prima soluzione garantirebbe l’attuazione delle garanzie costituzionali senza alcun distinguo tra migranti che si trovano sul territorio dello Stato o al di fuori di esso. La seconda porrebbe invece il problema di stabilire se vi sia una diversità di trattamento che incida sull’effettività del diritto di difesa e, in caso affermativo, se tale disparità possa essere compatibile con il principio di ragionevolezza in un eventuale giudizio costituzionale. In tale eventualità, un possibile *tertium comparationis* potrebbe essere offerto dalla l. 145 del 2016,

che prevede una forma di convalida telematica per il caso di arresto in flagranza o di fermo compiuto nel corso di missioni militari internazionali (art. 19). Tuttavia, non pare scontata l'assimilazione tra il trattenimento dei migranti deliberatamente condotti al di fuori del territorio statale e il trattenimento di coloro che, catturati nel corso di una missione militare internazionale, non possono essere tempestivamente condotti su detto territorio.

5.2. I vincoli derivanti dal diritto UE

In un documento licenziato dalla Commissione europea nel 2018⁸, si analizzano tre potenziali scenari per il trasferimento dei migranti soccorsi in mare. Il primo non rileva ai fini di questa analisi, in quanto riguarda l'ipotesi di sbarco in uno Stato membro. Il secondo scenario – “*A regional arrangement for disembarkation (and setting up of disembarkation centres) in third countries for migrants rescued in the territorial sea of a third country or by vessels in international waters*” – riguarda un accordo volto al trasferimento dei migranti verso un Paese terzo, che assume la responsabilità di esaminare le domande di asilo. Questa ipotesi, ben esemplificata dall'accordo UK-Ruanda, viene considerata giuridicamente percorribile alla sola condizione che il terzo Paese sia sicuro e, in particolare, garantisca il rispetto del principio di *non refoulement*.

Più rilevante ai nostri fini è il terzo scenario – *External processing of asylum applications and/or the return procedure in a third country*. Si ipotizza un accordo che comporta il trasferimento dei migranti verso un Paese terzo e, al contempo, il mantenimento in capo a uno Stato membro della competenza a esaminare le domande di asilo o a effettuare il rimpatrio.

In relazione a questa seconda procedura (di rimpatrio) – cioè all'utilizzo della “piattaforma” del Paese terzo come “externally-located return centre”, eventualità che l'accordo con l'Albania non pare escludere – le condizioni richiamate nel documento sono due: che il migrante non venga rimpatriato in un Paese terzo diverso da quello di origine (o, almeno, di transito); e che l'accordo con il Paese terzo che effettua il rimpatrio assicuri il rispetto del principio di *non refoulement*. Nel prevedere l'applicazione extraterritoriale delle norme italiane ed europee, il protocollo con l'Albania indirettamente obbliga a rispettare entrambe le condizioni richiamate. Ovviamente, si tratterà di verificarne il puntuale rispetto in sede di attuazione.

In relazione allo svolgimento extraterritoriale della procedura di asilo (*asylum offshoring*), il documento del 2018 ne immagina lo svolgimento in

⁸ European Commission, *Factsheet: The legal and practical feasibility of disembarkation options*, 29 June 2018.

paesi terzi nordafricani di transito verso l'Europa (in particolare, Libia e Tunisia). In proposito, le condizioni individuate nel documento sono tre.

La prima è il rispetto del divieto di *refoulement*, che preclude la possibilità di trasferire un richiedente in un Paese terzo senza l'esame individuale della sua richiesta. In riferimento al protocollo tra Italia e Albania, per le ragioni di giurisdizione già rilevate (supra, § 3), la configurabilità di una violazione del divieto *refoulement* sembrerebbe potersi escludere.

La seconda condizione riguarda la salvaguardia del diritto di chiedere asilo, che potrebbe non essere assicurata laddove, in un Paese terzo, non si applichi il diritto dell'UE. Anche su questo versante, la previsione della piena osservanza nei centri albanesi dei vincoli derivanti dalle norme europee e italiane in tema di asilo non sembra autorizzare fin d'ora – in attesa dei testi normativi di attuazione del protocollo – una prognosi negativa.

La terza condizione, più cogente, è la necessità di ricondurre la fattispecie extraterritoriale nell'alveo del sistema europeo di asilo e di tutela giurisdizionale. Si torna, qui, dunque, alla necessità di prevedere misure atte a garantire che la trattazione delle richieste di asilo nella procedura di frontiera extraterritoriale prevista dal protocollo avvenga da parte di organi amministrativi e giudiziari italiani che garantiscano il pieno rispetto del giusto procedimento e del diritto di difesa, in conformità alle previsioni di diritto interno e dell'Unione. È su questo decisivo versante che si deciderà la sostenibilità giuridica della formula extraterritoriale escogitata dal Governo italiano.

6. *Un futuro incerto*

Il percorso di attuazione dell'accordo tra Italia e Albania è irto di ostacoli. L'obiezione giuridica più forte poggia sul diritto UE e, in particolare, sulla dir. UE 32/2013. Tale direttiva, come si è visto, nel sancire il diritto dei migranti di rimanere nello Stato membro in cui abbiano manifestato la volontà di richiedere protezione internazionale, sembrerebbe precludere il trasferimento degli stessi dall'Italia (ad opera delle navi militari italiane) all'Albania (ai centri albanesi concessi in utilizzo al nostro Governo).

È agevole ipotizzare che un tentativo di aggiramento dell'ostacolo sia compiuto ricorrendo a una finzione di territorialità: ai fini dell'espletamento della procedura di asilo e/o di rimpatrio, ai migranti trasferiti nei centri albanesi dovrebbe essere assicurato un trattamento giuridico "come se" fossero presenti nel territorio nazionale. Questa finzione sarebbe speculare rispetto a quella di non ingresso del migrante sul territorio statale: una finzione, impiegata nelle zone di transito o dalla Spagna rispetto alla presenza dei migranti Ceuta e

Melilla, che è notoriamente problematica perché, come si evince dalla giurisprudenza della Corte EDU, mira a sottrarre lo Stato agli obblighi di tutela derivanti dalle norme europee e nazionali. Nel caso in esame, tuttavia, la finalità della finzione sarebbe, almeno in teoria, opposta: assicurare che la ‘esternalizzazione’ (di alcune fasi) delle procedure di asilo e di rimpatrio non implichi il venir meno del sistema di garanzie previste nel territorio statale italiano.

Altra cosa sarà, poi, assicurare in concreto il rispetto di quelle garanzie, aspetto sul quale una compiuta analisi giuridica potrà essere effettuata soltanto alla luce della normativa di attuazione del protocollo e, ancor più, in sede di concreta applicazione di quelle norme.

A quel punto, si sarà anche in grado di valutare i comprensibili dubbi avanzati circa l’effettiva utilità o “funzionalità” della formula extraterritoriale escogitata. Si potrà, cioè, valutare se il protocollo consenta non solo di garantire adeguatamente il *due process* dei migranti e i diritti sostanziali che da esso dipendono, a partire da quello di asilo; ma se sia in grado anche di promuovere una gestione ordinata dei flussi in arrivo e degli spostamenti tra Italia e Albania a costi ragionevoli. Che cosa accadrà, ad esempio, se, al termine della procedura di frontiera extraterritoriale svolta nei centri albanesi, la maggior parte dei richiedenti denegati non potrà essere rimpatriata, eventualità non remota, potendo l’Italia contare su pochissimi accordi di riammissione efficaci? Secondo il protocollo, i migranti non rimpatriabili dovrebbero essere ricondotti in Italia: ove così fosse, quei migranti non potrebbero essere ulteriormente trattenuti e sarebbe perciò evidente il rischio di nuovi movimenti secondari nell’area Schengen. Se questo scenario dovesse realizzarsi, quale residua utilità conserverebbe il protocollo in esame? E come potrebbero, a quel punto, giustificarsi gli elevati costi di attuazione ad esso correlati?

LA LEGGE DI RATIFICA ED ESECUZIONE
DEL PROTOCOLLO ITALIA-ALBANIA:
TRE PROBLEMI DI SOSTENIBILITÀ GIURIDICA
E AMMINISTRATIVA

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. Una extraterritorialità “giuridicamente neutra”? – 2. Una disciplina legislativa carente. – 2.1. Sulle procedure applicabili. – 2.2. Sul diritto di difesa. – 2.3. Sui trasferimenti dall’Albania. – 3. I costi dell’estraneità al Sistema comune europeo di asilo (SECA). – 4. Il rischio di fallimento amministrativo. – 5. Conclusioni.

1. *Una extraterritorialità “giuridicamente neutra”?*

Gli accordi internazionali sulla gestione extraterritoriale dell’immigrazione tipicamente postulano (già *ex ante*, nella loro concezione) e fatalmente determinano (*ex post*, in fase di attuazione) una drastica riduzione degli standard di tutela dei diritti dei migranti. In genere, infatti, tali accordi si fondano sulla logica del *burden-shifting*, ossia sul trasferimento della responsabilità per l’accoglienza e il rimpatrio ad altri Paesi, nei quali, però, non di rado i sistemi di asilo e tutela dei migranti sono carenti.

Emblematico è l’accordo tra Regno Unito e Ruanda del 2022¹. Al fine di scoraggiare gli sbarchi non autorizzati lungo le coste britanniche, quell’intesa prevede il trasferimento dei migranti in Ruanda, le cui autorità dovrebbero assicurare la protezione dei rifugiati e il rimpatrio degli altri migranti senza titolo. Tuttavia, il 15 novembre 2023 la Corte suprema britannica ha dichiarato illegittimo l’accordo, ritenendo che il Ruanda non sia un Paese terzo sicuro, in quanto non tutela adeguatamente il diritto di asilo e non opera rimpatri nel rispetto del divieto di *refoulement*².

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement (14 April 2022). Il testo è disponibile al seguente link: <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda>.

² UK Supreme Court, Judgement 15 November 2023, *A.A.A. and Others v. Secretary for the Home Department*, [2023] UKSC 42. V., per tutti, V. MITSILEGAS, *The Supreme Court rules the UK-Rwanda policy unlawful*, in *EU Migration Law Blog*, 21 November 2023.

Al confronto, il modello di extraterritorialità prefigurato dal Protocollo Italia-Albania innova. Il fine ultimo resta l'interdizione (di una quota) degli arrivi spontanei verso l'Italia, con presunti effetti dissuasivi nei confronti degli altri migranti in partenza (c.d. deterrenza). Il mezzo impiegato, però, è diverso: non l'esternalizzazione delle responsabilità in capo a un Paese terzo (*burden-shifting*), bensì la creazione di un'area di gestione extraterritoriale dei migranti, che è sottoposta alla giurisdizione italiana e presuppone l'applicazione delle medesime norme applicate nel territorio italiano. Si tratta, perciò, di una formula nella quale la extraterritorialità non postula, di per sé, una fuga dalla legalità e dalle responsabilità che ricadono sull'Italia. E ciò spiega l'interesse degli altri partner europei – Germania *in primis* – per questo nuovo modello.

Sul versante albanese, dopo aver sospeso l'accordo per ragioni procedurali, la Corte costituzionale ha rigettato, con pronuncia del 29 gennaio 2024, i ricorsi di legittimità presentati in via preventiva dai parlamentari dell'opposizione, spianando la strada alla ratifica parlamentare³. Sul versante italiano, il disegno di legge di “ratifica ed esecuzione” del Protocollo tra l'Italia e l'Albania, presentato dal governo⁴, è stato approvato senza modifiche dalle Camere con legge 21 febbraio 2024, n. 14.

L'interrogativo di seguito affrontato è il seguente: la disciplina italiana dettata dalla legge n. 14/2024 mantiene la promessa sottesa al Protocollo – quella di realizzare una extraterritorialità giuridicamente “neutra”? Si pongono, cioè, le premesse normative necessarie per assicurare ai migranti condotti e trattenuti in Albania eguali garanzie rispetto al trattamento assicurato ai migranti in Italia?

2. *Una disciplina legislativa carente*

Nell'impostazione della l. n. 14/2024, le esigenze di coordinamento normativo sono risolte attraverso un rinvio generale ai principali atti legislativi in tema di immigrazione e di asilo e alla «*disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale*» (art. 4, c. 1). Questa scelta minimalista determina lacune legislative che attengono a tre profili principali: le procedure

³ Per un commento, si v. F. Z. EL HARCH, *Il Protocollo Italia-Albania al vaglio della Corte costituzionale albanese*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2024.

⁴ A.C. 1620 “Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei Ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno”, presentato il 18 dicembre 2023.

amministrative applicabili ai migranti nei siti albanesi (§ 2.1); il diritto di difesa (§ 2.2); il trasferimento in Italia dei migranti non trattenibili in Albania (§ 2.3).

2.1. *Sulle procedure applicabili*

La legge n. 14/2024 non si occupa degli aspetti procedurali. Si limita, invece, a definire lo *status* delle aree e dei centri albanesi sottoposti alla giurisdizione italiana: le prime (area portuale di Shengjin e area interna di Gjader) «sono equiparate alle zone di frontiera o di transito» italiane (art. 3, c. 3); i secondi (i centri di Shengjin e di Gjader) opereranno, rispettivamente, come “punto di crisi” (o centro *hotspot*) e come centro di permanenza per il rimpatrio – CPR (art. 3, c. 4). Lo scarno riferimento va integrato con quello del Protocollo, ove si stabilisce che la conduzione dei migranti in Albania può avvenire «*al solo fine di effettuare le procedure di frontiera e di rimpatrio (...) per il tempo strettamente necessario alle stesse*» (art. 4, c. 3).

Da questa combinazione di norme si inferisce che nei siti albanesi si applicheranno tre procedure: subito dopo lo sbarco, la procedura di c.d. *screening*, volta ad assicurare il primo soccorso, l'identificazione dei migranti, l'informativa sul diritto di asilo e la distinzione tra richiedenti protezione e non; a seguire, le procedure di asilo e/o di rimpatrio, applicabili in Albania soltanto nelle rispettive varianti coercitive, cioè come procedura di (asilo con trattenimento alla) frontiera e procedura di rimpatrio forzato.

Nel silenzio della legge, più difficile sarà dissipare altri dubbi: se le operazioni nel punto di crisi albanese si svolgeranno *in toto* secondo le regole UE sui controlli alle frontiere esterne, ad esempio per quanto concerne i controlli di sicurezza (*security checks*) e la registrazione in EURODAC; se e come sia possibile, nell'ambito della procedura di frontiera, prevedere misure alternative alla detenzione (*in loco* o, più realisticamente, in Italia, previo trasferimento di chi possa avvalersene); se, in caso di esito favorevole della procedura di frontiera, i beneficiari della protezione saranno trasferiti in Italia per essere inseriti nel sistema ordinario di accoglienza⁵.

2.2. *Sul diritto di difesa*

Anche in riferimento al diritto di difesa, la legge detta una disciplina scarsa, racchiusa nei commi 3-5 dell'art. 4. Per un verso, vi si stabilisce che il

⁵ Come ha confermato, nel silenzio delle norme, il viceministro degli affari esteri Edmondo Cirielli nel suo intervento del 15 gennaio durante i lavori parlamentari, disponibile al seguente link: <https://www.camera.it/leg19/824?tipo=C&anno=2024&mese=01&giorno=15&view=&commissione=0103&pagina=#data.20240115.com0103.bollettino.sede00010.tit00010.int00050>.

migrante partecipi a distanza all'udienza che lo riguarda (e conferisca nel medesimo modo, salvo eccezioni, con il proprio difensore), con inversione della regola processuale ordinaria (art. 133-*bis* c.p.p.). Per altro verso, si rimette al responsabile italiano di ciascuna area il compito di adottare «le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero» (art. 4, c. 3). Si «amministrativizza», così, un diritto fondamentale, rimettendo all'autonoma valutazione di un funzionario scelte che incidono su diritti fondamentali, senza la predeterminazione di criteri e opzioni da parte della legge.

L'effetto di «amministrativizzazione» è amplificato dal silenzio che la legge serba su altri aspetti correlati: come e chi fornirà al migrante le informazioni sulla possibilità di difendersi in giudizio e nominare un avvocato? Verrà fornita una lista di avvocati e come sarà elaborata? Come si accerterà se lo straniero si trovi in condizioni fisiche e psicologiche compatibili con lo stato di detenzione? E come avverrà il coinvolgimento delle istituzioni di garanzia (Parlamento, Garante dei detenuti, UNHCR, Agenzie UE), che dovrebbero monitorare le condizioni dei luoghi di trattenimento?

2.3. *Sui trasferimenti dall'Albania*

Un'altra carenza riguarda le ipotesi di trasferimento dei migranti dall'Albania all'Italia. La legge n. 14/2024 si occupa soltanto di una ipotesi residuale – il trasferimento in costanza di trattenimento – per specificare che tale ipotesi, ammessa «in casi eccezionali, su disposizione del responsabile italiano», «non fa venir meno il titolo del trattenimento e, in ogni caso, non produce effetto sulla procedura alla quale lo straniero è sottoposto» (art. 3, c. 6).

Appena più ampi, ma comunque generici, sono i riferimenti rinvenibili nel Protocollo. Vi si stabilisce che, venuto meno «per qualsiasi causa, il titolo della permanenza nelle strutture, la Parte italiana trasferisce immediatamente i migranti fuori dal territorio albanese»; che «Il periodo di permanenza dei migranti nel territorio della Repubblica d'Albania (...) non può essere superiore al periodo massimo di trattenimento consentito dalla vigente normativa italiana»; e che «Le autorità italiane, al termine delle procedure eseguite in conformità alla normativa italiana, provvedono all'allontanamento dei migranti dal territorio albanese» (artt. 4, c. 3, e 9, c. 1).

Nessuna norma individua le ipotesi di trasferimento in Italia, riconducibili almeno ai seguenti casi: *i*) minori non accompagnati, donne in gravidanza e altri soggetti vulnerabili, non sottoponibili a trattenimento; *b*) richiedenti asilo non sottoponibili alla procedura di frontiera; *c*) richiedenti ai quali sia riconosciuta la protezione internazionale o comunque da trasferire per decorso in-

fruttuoso del termine della procedura di frontiera (attualmente, di 28 giorni); *d*) migranti trattenuti a fini di rimpatrio, nei casi di mancata convalida, rigetto della proroga o raggiungimento del termine massimo. Tutte queste ipotesi di trasferimento, implicando l'esercizio di poteri amministrativi (ablatori ma anche coercitivi), richiederebbero una disciplina legislativa che non è ricavabile, neppure in via interpretativa, da altre norme.

Analogo rilievo vale per l'innovazione prospettata dal viceministro Ciarielli⁶: l'ipotesi allo studio, già «avallata anche dalla Commissione europea», consisterebbe nell'introdurre, dopo il soccorso in alto mare, uno «screening preventivo da esperire a bordo di strutture idonee in mare», al fine di «escludere che coloro che presentino vulnerabilità siano condotti in Albania». Costoro resterebbero «a bordo delle navi che hanno effettuato il soccorso per essere condotti in Italia», con l'obiettivo di «alleviare l'impatto delle attività sui soggetti fragili, riducendo il numero di stranieri da trasportare in Italia in un momento successivo» rispetto alla procedura ordinaria di *screening* nel punto di crisi albanese. Quest'ultima procedura, d'altro canto, resterebbe ferma, per «effettuare eventuali, ulteriori valutazioni di condizioni di vulnerabilità» dei migranti sbarcati in Albania.

A livello internazionale, vi è concordia nel ritenere che un vero e proprio esame delle richieste di asilo a bordo delle navi sarebbe inappropriato, per l'oggettiva difficoltà di assicurare garanzie necessarie e la presenza a bordo di interpreti, consulenti giuridici e personale formato per condurre colloqui individuali dalla presenza⁷. Tuttavia, una attività di pre-selezione a bordo, seguita da un esame formale della domanda di protezione dopo lo sbarco, appare compatibile con il quadro normativo vigente, nazionale ed europeo⁸. L'art. 1, c. 2-*bis*, lett. b) del d.l. n. 130/2020⁹, come modificato dal d.l. n.

⁶ V. *supra* nota n. 5.

⁷ Cfr. Corte Edu, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, ric. n. 27765/09, § 185; UNHCR, *Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, November 2010, §§ 55 ss.

⁸ Comesottolineato dal prof. Paolo Bonetti nel corso dell'audizione informale alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Affari esteri della Camera dei deputati del 9 gennaio 2024, disponibile qui: <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26940.09-01-2024-18-09-18.092.pdf>.

⁹ Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-*bis*, 391-*bis*, 391-*ter* e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

1/2023¹⁰, già assegna alle navi di soccorso private – ma soltanto ad esse – un compito assimilabile, disponendo che esse «avvi[ino] tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, [raccolgano] i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità». La condizione è che l'attività di screening preventivo a bordo delle navi italiane sia regolata da una legge che prescriva le garanzie necessarie e la presenza del personale qualificato. Le modalità e i tempi di sbarco dovrebbero, infine, tener conto della esigenza di tutelare i bisogni delle persone vulnerabili individuate¹¹.

3. *I costi dell'estraneità al Sistema comune europeo di asilo (SECA)*

Una delle previsioni centrali del disegno di legge stabilisce che nei siti albanesi concessi all'Italia «possono essere condotte esclusivamente persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea, anche a seguito di operazioni di soccorso» (art. 3, c. 2). Perché, a differenza del Protocollo (secondo cui «L'ingresso dei migranti in acque territoriali e nel territorio della Repubblica di Albania avviene esclusivamente con i mezzi delle competenti autorità italiane»: art. 4, c. 4), la l. n. 14/2024 consente di condurre in Albania i soli migranti soccorsi in acque internazionali?

Questa limitazione non può essere motivata dall'intento di evitare tensioni con il principio di *non refoulement*. Anche quando il salvataggio avviene in acque internazionali, ciò non basta a escludere l'operatività del principio, in quanto le navi italiane sono comunque considerate «territorio italiano» (art. 4 cod. nav.; v. anche art. 94 UNCLOS). Ne consegue la piena applicabilità del *non refoulement*, imposto comunque dalla CEDU e dalle norme italiane. Ma tale principio, anche nella sua accezione più ampia di obbligo di esame individuale¹², non sembra assumere, nella fattispecie, un rilievo specifico: la giurisdizione italiana sui siti albanesi comporta, infatti, che le autorità italiane restino le sole responsabili tanto dell'allontanamento dei migranti verso Paesi terzi sicuri (tra i quali, peraltro, rientra la stessa Albania), quanto dell'esame individuale della loro posizione migratoria.

¹⁰ Decreto-legge 2 gennaio 2023, n. 1, recante disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori.

¹¹ V., ad es., OHCHR, *“Lethal Disregard”*. Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea, May 2021, p. 29.

¹² Si v., per tutti, F.L. GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

La limitazione va ricondotta, piuttosto, alla volontà della Commissione europea di escludere l'applicazione diretta delle norme UE sull'asilo. Come chiarito dal viceministro Cirielli, è stata, infatti, la Commissione che, «relativamente al luogo di salvataggio, ha chiesto che vengano condotte in Albania solo persone soccorse al di fuori del mare territoriale e ivi portate direttamente senza passare per il territorio italiano o in acque territoriali italiane o di altri Paesi UE»¹³.

L'intenzione di preservare l'integrità extraterritoriale della fattispecie serve, appunto, a escludere l'applicazione extraterritoriale del diritto UE e, in particolare, conflitti con l'impostazione rigidamente territoriale del SECA, che si applica inderogabilmente a chi chieda asilo nel territorio UE. L'art. 9 della dir. UE 32/2013 riconosce ai migranti il "diritto di rimanere" nel territorio dello Stato membro in cui abbiano presentato domanda di protezione internazionale¹⁴.

Accertata la causa della limitazione introdotta dall'art. 3, c. 2, della l. n. 14/2024, occorre indagarne le conseguenze. Nel valutarle, va considerata l'intenzione dell'Italia di applicare *comunque*, per scelta unilaterale, il diritto UE. Sul punto, tanto il Protocollo quanto la legge di ratifica non lasciano dubbi: in entrambi i testi è ribadita l'applicazione nei siti albanesi non soltanto delle norme italiane, ma anche di quelle dell'Unione.

Né il diritto UE sembra frapporre ostacoli. In base all'art. 3, par. 2, TFUE, l'Unione ha una competenza esclusiva a concludere accordi internazionali soltanto quando «tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata», o, comunque, quando serva a scongiurare il rischio di interferenze, anche potenziali, con il funzionamento delle norme comuni UE¹⁵. Nel caso in esame, il diritto UE non regola l'applicazione extraterritoriale delle norme sull'asilo. La disciplina di questo aspetto rientra, perciò, nella competenza residuale degli Stati membri, i quali possono «esaminare le domande di asilo al di fuori del proprio territorio, applicando il proprio diritto, incluso quello da essi adottato in attuazione del diritto UE», a un'unica condizione: che l'applicazione

¹³ V. *supra* nota n. 5

¹⁴ Sulle implicazioni che ne derivano, ai fini dell'attuazione del Protocollo, v. *amplius* M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in questo Volume, spec. § 3.

¹⁵ Cfr. CGUE, sentenza del 2 giugno 2005, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*, causa C-266/03; CGUE, sentenza dell'8 settembre 2020, *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland) Ltd et al.*, causa C-265/19.

extraterritoriale del diritto UE non ostacoli l'applicazione interna e sia ad esso conforme, «il che di nuovo ci porta ad affermare che vi deve essere coincidenza [tra] il diritto applicato in Albania e quello applicato in Italia»¹⁶.

Ciò nondimeno, il fatto che l'applicazione del diritto UE sia frutto di una scelta unilaterale dell'Italia crea un problema: essendo essa giuridicamente irrilevante nei confronti dell'ordinamento europeo, la gestione extraterritoriale dei migranti in Albania, pur conforme al diritto UE, è a sua volta priva di rilevanza ai fini del SECA e, dunque, nei rapporti tra Stati membri.

Ne derivano dubbi rilevanti: se i migranti sottoposti alla procedura di *screening* in Albania debbano essere registrati nella banca dati EURODAC, o se la registrazione avvenga soltanto in caso di (eventuale) trasferimento in territorio italiano; se l'Italia possa applicare a quei migranti i criteri c.d. Dublino per la determinazione dello Stato membro competente; se la quota di migranti gestita extraterritorialmente rientri o meno nei meccanismi solidaristici previsti dalle nuove norme UE sul c.d. Nuovo Patto.

Soprattutto, ci si deve chiedere se l'Italia possa far valere il trattenimento dei richiedenti asilo in Albania ai fini dell'attuazione delle nuove norme UE sulla procedura di frontiera. In base al concetto di «adeguata capacità», che sarà a breve introdotto dal regolamento sulla procedura di asilo, l'Italia dovrà dimostrare di disporre di una «capacità» detentiva sufficiente a trattenere diverse migliaia di richiedenti (in base all'art. 41bb, tale capacità sarà definita annualmente dalla Commissione, per ciascuno Stato membro, come frazione di un «tetto» UE complessivo di 30.000 trattenimenti, e sarà calcolata in proporzione al numero di arrivi e ingressi irregolari del triennio precedente, con «tetti» nazionali crescenti di anno in anno). Data la debolezza della rete dei CPR e la difficoltà di aprire nuove strutture detentive nel territorio italiano, a causa dei veti territoriali, poter contare su centri albanesi capaci di ospitare fino a 3.000 migranti (con moltiplicatore proporzionale al tasso di turn-over in quei centri: v. infra), significherebbe risolvere uno dei principali problemi di adeguamento alle nuove norme UE.

Tuttavia, poiché la Commissione esclude l'applicazione extraterritoriale di tali norme, questa possibilità sembra preclusa: l'Italia, pur applicando *sua sponte* il diritto UE, non potrà conteggiare i trattenimenti realizzati in Alba-

¹⁶ Così la prof.ssa Chiara Favilli, nel suo intervento tenuto nel corso dell'audizione informale alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Affari esteri della Camera dei deputati dell'8 gennaio 2024, disponibile qui: <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ide-Ges.26889.11-01-2024-11-46-29.403.pdf>.

nia, ai fini della «capacità» detentiva e dei “tetti” a essa imposti dalle nuove norme UE. Non aver negoziato questo aspetto a Bruxelles prima della conclusione del Protocollo potrebbe, così, vanificare una delle più forti ragioni legittimanti il progetto. A meno che la nuova Commissione, che si insedierà nel prossimo autunno, non faccia concessioni all’Italia, aprendo a modalità di attuazione della procedura di frontiera che creino un collegamento col SECA: un’eventualità che non può escludersi, essendo diffusa a Bruxelles la consapevolezza che, qualora l’esperimento italiano dovesse funzionare ed essere emulato da altri Stati membri, il pericolo, a livello sistemico, sarebbe la “fuga” dal SECA.

4. *Il rischio di fallimento amministrativo*

Anche qualora la lacunosa disciplina legislativa di ratifica del Protocollo resistesse alle censure di legittimità costituzionale e il Governo italiano riuscisse a negoziare con Bruxelles modalità di attuazione che consentano una integrazione col SECA, aleggerebbe, sullo sfondo, un serio problema di sostenibilità amministrativa.

Un primo aspetto del problema è il seguente: come evitare il sovraccarico dell’*hotspot* albanese, dal quale dovranno transitare, nel rispetto degli stringenti tempi (di detenzione) previsti per la procedura di *screening*, tutti i migranti lì sbarcati.

Ove in Albania venissero condotte tutte le persone soccorse da una nave italiana nelle acque internazionali, dall’*hotspot* transiterebbero inutilmente categorie di migranti (vulnerabili o comunque non trattenibili) che dovrebbero essere subito trasferite in Italia e ivi sottoposte nuovamente alla procedura di *screening*.

Ciò spiega l’ipotesi di *screening* preventivo a bordo delle navi allo studio del Governo. La pre-selezione dovrebbe servire, appunto, a evitare quell’esito inefficiente, che comporterebbe una inutile duplicazione di procedure, costi di trasferimento in Italia proporzionati al numero di migranti già sbarcati in Albania ma lì non trattenibili, e il rischio di frequenti “colli di bottiglia” presso l’*hotspot* albanese.

Per essere efficace, però, il pre-*screening* condotto a bordo delle navi dovrebbe avere come obiettivo quello di evitare lo sbarco in Albania non soltanto dei vulnerabili (che – stando alle dichiarazioni richiamate – sarebbero i destinatari privilegiati della pre-selezione), ma anche i richiedenti asilo non provenienti da Paese terzi sicuri, in quanto anch’essi non trattenibili e, quindi, destinati a essere trasferiti in Italia.

Diviene, così, evidente il conflitto tra l'esigenza di non sovraccaricare l'*hot-spot* albanese e l'esigenza di prevedere una attività di pre-selezione in mare che non sia complessa, sia realizzabile in tempi rapidi e non richieda una varietà di figure professionali specializzate, di cui sarebbe difficile garantire la presenza a bordo.

Ancor più serio è un secondo aspetto del problema: come utilizzare in modo efficiente i posti in detenzione nei centri albanesi, evitandone la congestione.

In teoria, le norme consentirebbero di trattenere lì due categorie: i migranti irregolari che non abbiano chiesto asilo e siano, quindi, da rimpatriare; e i richiedenti asilo che, provenendo da Paesi terzi sicuri, siano sottoponibili alla procedura di frontiera. In pratica, però, la presenza di migranti provenienti da Paesi che non hanno con l'Italia accordi di riammissione efficaci determinerebbe trattenimenti lunghi, anche pari alla durata massima di 18 mesi prevista per il rimpatrio.

Al momento, l'unico partner affidabile per le riammissioni dall'Italia è la Tunisia, che è anche Paese terzo sicuro in base alle norme nazionali sull'asilo. Perciò – anche se probabilmente i rimpatri dall'Albania dovranno comunque essere effettuati con transito dal territorio italiano – un utilizzo efficiente dei centri albanesi dovrebbe portare a privilegiare il trattenimento dei migranti tunisini, richiedenti (da instradare nella procedura di frontiera) e non (da rimpatriare subito). Questa soluzione sarebbe conforme all'art. 14, c. 1.1, TUI, che assegna priorità al trattenimento (dei migranti pericolosi e) di «coloro che siano cittadini di Paesi terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia di rimpatrio, o che provengano da essi».

Per converso, prassi orientate al trattenimento di migranti, a prescindere dalla effettiva possibilità di un celere rimpatrio, produrrebbero effetti disfunzionali. Il tasso di *turn-over* nei centri albanesi si contrarrebbe in misura proporzionale alla durata media dei trattenimenti, riducendo la capacità detentiva da essi assicurata: data la capienza di 3000 posti, se il tempo medio dei rimpatri fosse di 1 mese, la capacità di quei centri, su base annuale, arriverebbe a 36 mila, mentre si ridurrebbe ad appena 2 mila se la durata media corrispondesse a quella massima di 18 mesi. In quest'ultimo scenario, di elevata congestione, solo una piccola quota di migranti (1 su 50, nell'ipotesi ottimistica di 100 mila arrivi annuali via mare in Italia) potrebbe essere condotta in Albania. E questo – *ça va sans dire* – comprometterebbe l'efficacia deterrente ascritta al progetto.

Infine, la scelta di trattenere in Albania migranti in concreto non espellibili potrebbe produrre un "effetto *boomerang*": allo spirare del termine di durata massima del trattenimento, quei migranti dovrebbero essere riammessi

in Italia, senza possibilità di impedirne i movimenti secondari verso altri Stati membri dello spazio Schengen. L'immagine di migranti liberi di spostarsi in Italia e nel resto d'Europa, dopo 18 mesi di "cattività" nei centri albanesi, produrrebbe una fatale eterogenesi dei fini, con inevitabili ricadute sul piano della sicurezza interna, della libertà di circolazione intra-europea e della complessiva sostenibilità di un progetto di gestione extraterritoriale che avrà costi certamente elevati.

5. *Conclusioni*

La scarsa disciplina legislativa di ratifica del Protocollo con l'Albania non si fa carico di regolare numerosi aspetti che toccano la condizione giuridica dei migranti e i loro diritti fondamentali. La maggioranza parlamentare – ignorando le raccomandazioni degli esperti auditi¹⁷ – sembra, così, disattendere l'obiettivo dichiarato di realizzare una extraterritorialità giuridicamente "neutra", che assicuri eguali tutele ai migranti in Albania. Questa scelta, se non sarà corretta, alimenterà il contenzioso costituzionale e finirà per rimettere agli apparati ministeriali l'improprio compito di individuare, mediante circolari, le norme applicabili e le prassi amministrative da seguire, al di fuori di una chiara cornice legislativa che tuteli le libertà primarie in gioco.

A queste condizioni, l'esperimento di gestione extraterritoriale dei migranti, pur diverso dalle formule altrove sperimentate, potrebbe condurre a un esito analogo, propiziando una fuga dalla legalità nazionale ed europea. Per scongiurare questo rischio, occorre operare in tre direzioni: colmare le lacune legislative esistenti, prendendo sul serio le riserve di legge previste in Costituzione; rafforzare l'ancoraggio al diritto UE, negoziando a Bruxelles formule di coesistenza e almeno parziale integrazione col SECA; compiere scelte oculate sul piano operativo, evitando trattenimenti prolungati e infruttuosi, che lederebbero la dignità delle persone e metterebbero in crisi la sicurezza e la libera circolazione nello spazio Schengen.

¹⁷ Il video completo delle audizioni è disponibile al seguente link: <https://webtv.camera.it/evento/24210>.

STORICA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA SULL'ACCORDO REGNO UNITO-RUANDA

Anna Liguori*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il contesto storico. – 3. La sentenza della Corte suprema del Regno Unito – 3. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il 15 novembre 2023 la Corte suprema del Regno Unito ha emesso un'importante sentenza¹ sulla (il)legalità della politica adottata dal Regno Unito sulla base di un Memorandum d'intesa stipulato con il Ruanda il 13 aprile 2022. In base a tale *Memorandum*, accompagnato da alcune note verbali contenenti assicurazioni diplomatiche da parte del Ruanda, i richiedenti asilo «whose claims are not being considered by the United Kingdom» (art. 2.1 del MoU), perché giudicati inammissibili in base alla normativa interna, dovrebbero essere trasferiti in Ruanda per l'espletamento delle procedure d'asilo² e restarvi anche in caso di accoglimento della domanda di protezione.

Come precisato dalla Corte suprema nella sentenza oggetto del presente commento³, in base alla normativa interna applicabile, una domanda può essere dichiarata inammissibile qualora il richiedente asilo abbia avuto la possibilità di presentare domanda di asilo in un paese terzo sicuro, ma non l'abbia fatto. Se la domanda di asilo è inammissibile, il richiedente può essere allontanato o verso il paese terzo sicuro in cui si è presentata la possibilità di chiedere asilo, se tale paese è disposto ad accogliere il richiedente asilo, o verso qualsiasi altro paese terzo sicuro che accetti di accoglierlo. Pertanto, se i richiedenti hanno avuto la possibilità di presentare domanda di asilo in un paese terzo sicuro ma non l'hanno fatto, possono essere oggetto di

* Professoressa associata di diritto internazionale presso l'università di Napoli "L'Orientale".

¹ R (on the application of AAA (Syria) and others) v Secretary of State for the Home Department [2023] UKSC 42, reperibile all'indirizzo <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/uksc/2023/42>.

² Con l'eccezione di alcune categorie di persone, come i minori non accompagnati e i cittadini dell'Unione europea: cfr. sul punto D. CAMONI, E. CELORIA, *Nuove norme in materia di immigrazione e asilo nel Regno Unito dopo la Brexit: applicazioni amministrative e giurisprudenziali*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2023.

³ Cfr. par. 3 del presente commento.

espulsione verso il Ruanda, considerato «un altro paese terzo sicuro che ha accettato di accoglierli». Il ragionamento seguito dalla Corte suprema mira, come vedremo, proprio a confutare il fatto che il Ruanda possa essere considerato un paese terzo sicuro.

2. *Il contesto storico*

L'adozione del Memorandum Regno Unito Ruanda del 2022 si colloca in un momento storico ben preciso, e cioè nella fase post-Brexit, che ha visto il Regno Unito in grossa difficoltà anche nella gestione delle migrazioni a causa dell'incremento di arrivi di migranti e richiedenti asilo attraverso il canale della Manica e del venir meno, a partire dal 1° gennaio 2021, della possibilità di invocare il regolamento Dublino. La risposta del governo conservatore in carica è stata, appunto, il *Memorandum* con il Ruanda e, dopo poche settimane, l'adozione di una nuova legislazione in materia di immigrazione, il cd. *Nationality and Borders Act 2022*⁴, cui ha fatto seguito nel 2023 il cd. *Illegal Migration Act 2023*⁵ – il cui risultato finale è una netta compressione del diritto di asilo.

Nell'ambito di una generale tendenza all'esternalizzazione, divenuta negli ultimi anni fulcro delle politiche migratorie di molti paesi europei e della stessa Unione europea, il *Memorandum* Regno Unito-Ruanda mira a realizzare un'esternalizzazione delle procedure di asilo che solleva delicate e complesse questioni riguardanti la responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali eventualmente coinvolte⁶. Più specificamente, nel porre in essere una forma di esternalizzazione che riguarda non solo l'esame delle domande di asilo, ma anche la protezione in caso di accoglimento delle domande, essa si differenzia dal recente *Memorandum* Italia-Albania⁷ e ricorda piuttosto la cd. "Pacific Solution" australiana, oggetto di numerose critiche da parte di organizzazioni internazionali e dottrina per le gravi violazioni dei diritti di migranti, rifugiati e richiedenti asilo; il Ruanda è inoltre già stato partner di Israele per un'analogha forma di esternalizzazione, che ha suscitato notevoli

⁴ <https://bills.parliament.uk/bills/3023>.

⁵ <https://www.gov.uk/government/collections/illegal-migration-bill>.

⁶ Sul punto ci si permette di rinviare a A. LIGUORI, *Some observations on the legal responsibility of States and International Organizations in the Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 25, 2016.

⁷ Sul quale cfr. M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, in *ADiM Blog, Editoriale*, novembre 2023.

perplexità sotto il profilo del rispetto dei diritti umani e della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato⁸.

Presupposto implicito del MoU è che il Ruanda possa essere considerato un “paese terzo sicuro”, anche se in realtà ciò è stato immediatamente messo in dubbio sia dai primi commentatori⁹, sia da numerose istituzioni, tra le quali l’UNHCR (che ha adottato in data 8 giugno 2022 uno specifico documento in proposito: *UNHCR Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum Seekers under the UK-Rwanda arrangement*), la Commissione europea¹⁰ e la Corte europea dei diritti dell’uomo (che in data 14 e 15 giugno 2022 ha adottato provvedimenti provvisori d’urgenza¹¹ ai sensi dell’art. 39 del regolamento interno per impedire l’allontanamento dei ricorrenti fino a quando i giudici nazionali non avessero avuto la possibilità di esaminare nel merito i ricorsi).

3. *La sentenza della Corte suprema del Regno Unito*

In questo contesto si inserisce la summenzionata pronuncia del 15 novembre 2023 della Corte suprema. All’origine della pronuncia in oggetto vi sono i ricorsi di alcuni richiedenti asilo di nazionalità siriana, iraniana, irachena, sudanese e vietnamita, giunti in Gran Bretagna attraversando il canale della Manica su imbarcazioni di fortuna, e che si sono visti notificare una decisione di inammissibilità della loro richiesta di asilo e un conseguente ordine di espulsione verso il Ruanda, in quanto, pur avendo la possibilità di presentare una domanda di asilo in un paese terzo sicuro (nel caso di specie la Francia, paese di transito), non l’hanno fatto.

Mentre il giudice di primo grado (Divisional Court), pur avendo annullato alcune delle decisioni di irricevibilità per ragioni procedurali, non ha messo in discussione l’impianto generale, la Corte d’appello prima, e la Corte suprema poi, sono giunte invece alla conclusione dell’illegittimità della politica in que-

⁸ S. BAR-TUVIA, *Australian and Israeli Agreements for the Permanent Transfer of Refugees: Stretching Further the (Il)legality and (Im)morality of Western Externalization Policies*, in *International Journal of Refugee Law*, 2018

⁹ E. GUILD, M. GRUNDER, *The UK-Rwanda deal and its Incompatibility with International Law*, in *Eumigrationlawblog*, 29 aprile 2022; G. GOODWIN-GILL, *Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda*, in *International Legal Materials*, 2022; N. F. TAN, *Externalisation of asylum in Europe: Unpacking the UK-Rwanda Asylum Partnership Agreement*, in *Eumigrationlawblog*, 17 maggio 2022.

¹⁰ <https://twitter.com/YlvaJohansson/status/1514606626258374657>.

¹¹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%2228774/22%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%2228774/22%22]}).

stione perché vi sono rischi reali che le domande di asilo non siano adeguatamente valutate dalle autorità ruandesi, e che, di conseguenza, il principio di *non refoulement* possa essere violato. Nel presente contributo verrà analizzato in particolare il ragionamento seguito dalla Corte suprema, degno di nota sotto molteplici aspetti.

La Corte suprema esordisce innanzitutto sottolineando la natura giuridica e non politica della questione posta alla propria attenzione (specificando esplicitamente che «The court is not concerned with the political debate surrounding the policy, and nothing in this judgment should be regarded as supporting or opposing any political view of the issues»: par. 2). La Corte passa subito dopo in rassegna il quadro normativo applicabile, richiamando a tal fine la nozione di Paese terzo sicuro prevista dalla normativa interna (par. 4), soffermandosi in particolare su quanto previsto dall'art. 345B, punto (ii), che richiede che il principio di non respingimento sia rispettato in tale paese conformemente alla Convenzione sui rifugiati: il principio di *non refoulement* assurge così a fulcro centrale del ragionamento della Corte.

A tal fine, la Corte passa ad esaminare in dettaglio le norme interne ed internazionali che richiamano tale principio, citando anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*¹², in relazione alla necessità di accesso a una procedura di asilo adeguata nel paese di destinazione: trattasi di un punto di importanza cruciale perché, come sottolineato dalla Corte suprema, «if asylum seekers do not have access to such a procedure there will be a real risk of genuine refugees being refouled, either because their claims are not considered at all or because they are not determined properly» (par. 24), preannunciando che l'accesso a procedure adeguate nel paese di destinazione costituisce quindi una delle questioni principali nel procedimento in esame.

Per quanto riguarda più specificatamente la violazione del principio di *non refoulement*, la Corte osserva innanzitutto come i membri della Divisional Court abbiano probabilmente «misunderstood their function», essendosi limitati a verificare, per quanto riguardava l'accertamento di un reale rischio di *refoulement* nel caso in esame, se il ministro fosse legittimato ad adottare una posizione diversa da quella dell'UNHCR, laddove compito del potere giudiziario è piuttosto procedere a una valutazione autonoma circa l'esistenza di un rischio concreto di respingimento alla luce dell'insieme degli ele-

¹² Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

menti di prova (par. 39). In contrapposizione all'atteggiamento assunto dalla Divisional Court, la Corte suprema evidenzia il corretto *modus procedendi* della Corte di appello¹³, che ha invece effettuato una propria valutazione sia della situazione generale dei diritti umani in Ruanda sia dell'inadeguatezza del sistema di asilo ruandese, a causa di insufficienti garanzie procedurali e sostanziali, richiamando a tal fine le accurate e inoppugnabili prove prodotte dall'UNHCR («the cogency of UNHCR's evidence»: par. 92); esse infatti attestano, *inter alia*:

- che in Ruanda c'è stato un tasso di rigetto del 100% nel periodo 2020-2022¹⁴ per i cittadini di Siria, Afghanistan e Yemen, paesi dai quali potrebbero provenire i richiedenti asilo espulsi dal Regno Unito: trattasi di zone di conflitto relativamente alle quali nello stesso periodo nel Regno Unito le percentuali di accoglimento di domande di protezione provenienti da cittadini di tali Paesi sono state rispettivamente del 98%, 74% e 40% (par. 85);
- che ad un certo numero di richiedenti asilo provenienti da paesi non africani con strette relazioni bilaterali con il Ruanda è stato del tutto negato l'accesso al sistema di asilo ruandese (punto 86);
- che vi sono testimonianze di pratiche di respingimenti da parte del Ruanda in occasione degli arrivi in aeroporto (par. 90);
- che almeno in alcuni casi il governo ruandese adotta un'interpretazione inadeguata dei requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato: il solo fatto di non presentare domanda di asilo immediatamente dopo l'arrivo in Ruanda, o di avvalersi di documenti falsi (come non di rado fanno i rifugiati in buona fede), espone i richiedenti asilo automaticamente a provvedimenti di espulsione (par. 91).

Un aspetto molto importante riguarda poi il peso attribuito alle assicurazioni diplomatiche. In proposito, la Corte suprema ricorda innanzitutto quanto affermato dalla Corte di Strasburgo in più occasioni, in particolare nel caso *Othman c. Regno Unito*¹⁵, e cioè che «There is an obligation to examine whether assurances provide, *in their practical application*, a sufficient guarantee that the applicant will be protected against the risk of ill treatment»

¹³ Per alcune osservazioni critiche su tale sentenza cfr. N. PALMER, *Whither the Refugee Convention? R (AAA) v SSHD and a vision of refugee law that applies only to the Global South*, in *Border Criminology Blog* del 3 luglio 2023.

¹⁴ Home Office, *Review of asylum processing Rwanda: country information on the asylum system*, May 2022.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 17 gennaio 2012, *Othman (Abou Qatada) c. Regno Unito*, ric. n. 8139/09.

(corsivo aggiunto, par. 187 della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Othman*). Per la Corte suprema, nel caso di specie le criticità che emergono in particolare dalle prove fornite dall'UNHCR costituiscono elementi di importanza cruciale per valutare rischi futuri e, quindi, per stabilire se il Ruanda può essere considerato un "Paese terzo sicuro", e ciò anche in considerazione dell'esperienza relativa all'attuazione del summenzionato *memorandum* Israele-Ruanda. Per il Segretario di Stato, invece, è necessaria una valutazione predittiva alla luce delle assicurazioni allegate al MoU, che garantirebbero l'attuazione futura dei miglioramenti necessari al sistema. La Corte, tuttavia, ribatte che «intentions and aspirations do not necessarily correspond to reality: the question is whether they are achievable in practice», poiché le modifiche necessarie non sono semplici, in quanto richiedono un cambiamento di orientamento della politica migratoria ruandese, nonché una formazione e un monitoraggio efficaci.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude in maniera netta che «*As matters stand, the evidence establishes substantial grounds for believing that there is a real risk that asylum claims will not be determined properly, and that asylum seekers will in consequence be at risk of being returned directly or indirectly to their country of origin*»¹⁶.

4. *Alcune osservazioni conclusive*

La sentenza è molto apprezzabile innanzitutto perché ribadisce con forza l'autonomia del potere giudiziario rispetto al potere esecutivo. Ciò emerge chiaramente nella parte in cui viene criticato l'approccio della Divisional Court (par. 39) per aver rinunciato a una autonoma valutazione delle prove circa la sussistenza di un rischio reale (risultando, come sottolineato¹⁷, «essentially deferential to the executive's assessment»). Emerge altresì quando, nel ribadire il proprio ruolo in materia di controllo dell'adeguatezza delle assicurazioni diplomatiche (par. 56), la Corte suprema richiama una importante sentenza della House of Lords la quale, proprio in tema di *non refoulement*, ha esplicitamente affermato che

«Whether a sufficient risk exists is a question of evaluation and prediction based on evidence. In answering such a question, *the executive enjoys no constitutional prerogative*» (corsivo aggiunto).

¹⁶ Corsivo aggiunto

¹⁷ Cfr. V. MITSILEGAS, *The Supreme Court rules the UK-Rwanda policy unlawful*, in *Emigrationlawblog*, 21 novembre 2023.

Infine, anche se la sentenza omette¹⁸ di esaminare ulteriori possibili violazioni¹⁹, e di approfondire altri aspetti problematici riguardanti la nozione di Paese terzo sicuro (come ad esempio la questione relativa alla necessità di un collegamento tra il Paese di invio e l'eventuale Paese terzo sicuro), ci sembra molto apprezzabile che in essa venga ribadita con forza l'importanza del principio di *non refoulement* (anche sotto il *volet* procedurale). Non solo: è fondamentale che la Corte giunga a ciò richiamando sia la Convenzione europea (ricordando che il Regno Unito vi ha dato attuazione con lo *Human Rights Act*²⁰), sia numerosi trattati (la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, la Convenzione ONU contro la tortura, il Patto ONU sui diritti civili e politici), sia la giurisprudenza interna, sia, infine, seppur in maniera prudente, la natura consuetudinaria di tale principio. Molto significativo è infatti quanto la Corte afferma al par. 25, ove dichiara che «It may be that the principle of non-refoulement also forms part of customary international law», ricordando che il Regno Unito ha sottoscritto questa posizione, insieme agli altri Stati parti della Convenzione sui rifugiati, nella Dichiarazione del 2001 degli Stati parti²¹. Altresì rilevante è poi il riconoscimento, al par. 26, che si tratti di un «core principle of international law»: tale riaffermazione del rilievo del principio di *non refoulement* da parte della Corte è tanto più importante in quanto non mancano voci nel dibattito attuale che sembrerebbero spingere verso una relativizzazione di tale principio²².

A fronte di ciò, e del richiamo esplicito, sempre al par. 26, di come il Regno Unito si sia ripetutamente impegnato sulla scena internazionale per assicurare il rispetto di tale principio, «consistently with this country's reputation for developing and upholding the rule of law», risulta maldestro e sorprendente il comportamento del governo Sunak di risuscitare l'accordo, nonostante la sentenza della Corte suprema. Nel mese di dicembre 2023 il governo ha infatti sia firmato un nuovo accordo con il Ruanda²³, sia adottato un atto – *Safety of*

¹⁸ Probabilmente per ragioni strategiche: cfr. sul punto C. BRIDDICK, C. COSTELLO, *Supreme Judcraft: Non-Refoulement and the end of the UK-Rwanda 'deal'?*, in *VerfBlog*, 20 novembre 2023.

¹⁹ Sulle quali cfr. L. RIEMER, *The Costs of Outsourcing - How the UK's policy of outsourcing their asylum obligations violates human rights, perpetuates the country's ECHR skepticism, and expands dangerous precedence*, in *VerfBlog*, 5 luglio 2022.

²⁰ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>.

²¹ <https://digitallibrary.un.org/record/456773>.

²² Cfr. sul punto J. C. HATHAWAY e contra G. GOODWIN-GILL in (G. CATALDI, P. HILPOLD eds), *Migration and Asylum Policies Systems' National and Supranational Regimes*, Napoli, 2023.

²³ Si rinvia all'indirizzo <https://lordslibrary.parliament.uk/international-agreements-com->

*Rwanda (Asylum and Immigration) Bill*²⁴ – che *ex lege* dichiara il Ruanda Paese terzo sicuro, nonostante le circostanziate e stringenti argomentazioni della Corte suprema. Come osservato, ribaltare con un atto legislativo l'accertamento dei fatti posto in essere da una sentenza della Corte suprema «would raise profound and important questions about the respective role of the courts and parliament in countries that subscribe to the Rule of Law»²⁵. Nel momento in cui si scrive, tale atto non è stato ancora approvato in via definitiva²⁶; in ogni caso gli organi giudiziari, interni e internazionali, saranno molto probabilmente in futuro nuovamente chiamati a intervenire per assicurare il rispetto dei diritti umani e della *Rule of Law*.

mittee-report-on-the-uk-rwanda-treaty/ per il testo del nuovo trattato, nonché per aggiornamenti sul processo di ratifica. Cfr. altresì le osservazioni critiche contenute nel documento adottato in data 15 gennaio 2024 dall'Alto Commissariato per i rifugiati: *UNHCR Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum-Seekers under the UK-Rwanda arrangement: an update*, nonché le osservazioni presentate da C. Briddick e C. Costello davanti al Comitato dell'House of Lords: committees.parliament.uk/writtenevidence/127284/pdf/.

²⁴ <https://bills.parliament.uk/bills/3540>.

²⁵ Cfr. C. BRIDDICK, C. COSTELLO, *Supreme Judgcraft: Non-Refoulement and the end of the UK-Rwanda 'deal'?*, cit. e in termini simili V. MITSILEGAS, *The Supreme Court rules the UK-Rwanda policy unlawful*, cit.

²⁶ La House of Commons, dopo un movimentato dibattito e la defezione di alcuni deputati appartenenti alla maggioranza governativa, ha approvato in terza lettura il *Safety of Rwanda Bill* in data 17 gennaio 2024. In data 22 gennaio 2024 la House of Lords ha tuttavia votato una mozione per ritardare la ratifica del nuovo trattato con il Ruanda che è alla base di tale atto legislativo (cfr. <https://www.reuters.com/world/uk/uk-pm-sunak-suffers-defeat-vote-delay-rwanda-asylum-treaty-2024-01-22/>), seguendo le indicazioni del *House of Lords International Agreements Committee*, pubblicate in data 17 gennaio 2024: <https://committees.parliament.uk/publications/42927/documents/213461/default/>. Tale voto è altresì indicativo della posizione che la House of Lords probabilmente adotterà anche per quanto riguarda il *Safety of Rwanda Bill* (per seguire *iter* di approvazione: <https://bills.parliament.uk/bills/3540>).

I MIGRANTI
TRA RESPINGIMENTI E STRUMENTALIZZAZIONI

MIGRATION FLOWS AS AN INSTRUMENT OF POLITICAL PRESSURE: THE CASE OF MOROCCO

Miguel A. Acosta Sánchez*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Irregular immigration as a threat to security? – 2.1. International and European context. – 2.2. The case of Spain. – 3. Third States' use of immigration as an instrument of political pressure. – 4. Conclusion.

1. *Introduction*

Traditionally, irregular immigration flows have been viewed as a threat in the different Spanish and EU Security Strategy documents as part of illegal trafficking by organized crime. But nowadays we can see countries like Morocco, which has used immigration flows to Ceuta, Melilla, and the Canary Islands to exert pressure on Spain to support its Western Sahara policy.

First, it renders it necessary to determine whether irregular immigration is linked to organized crime, exclusively, in Security Strategies. Second, the phenomenon of migratory pressure, and in particular the case of Belarus and Morocco, suggest the need to modify Security strategies in order to consider not only the non-State actors traditionally responsible for irregular migration flows but also third countries that are using it as an instrument of political pressure (“Weaponization of migration”). Finally, in the last three years, we have experienced migration crisis at the external borders, so we must clarify the EU response in the case of Morocco, especially in relation to the EU reaction to the Belarus crisis.

2. *Irregular immigration as a threat to security?*

After the end of the Cold War, the concept of security in International Society moved decisively away from the threat of armed attack by one State against another one and returned to multilateralism and a system of Collective Security.

* Associate Professor of International Law and International Relations, University of Cadiz. European Commission Jean Monnet Chair “Immigration and European Maritime Security in the Western Mediterranean”. This paper is a product of the R&D project funded by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness “Maritime Immigration, Security Strategies and Protection of European Values in the Strait of Gibraltar Region”.

2.1. *International and European context*

In the International context, this return to multilateralism is evident both in the UN Charter and in the Report issued in 2004 by the UN's High-level Panel on Threats, Challenges and Change at the request of the Secretary-General¹. This Report also highlights the emergence of a number of new security threats and risks of an economic and social nature. These include poverty, infectious diseases, environmental degradation, inter-State conflicts, internal conflicts and civil wars, genocide, and other atrocities, biological, chemical, radiological and nuclear weapons, terrorism, and transnational organized crime. These new threats and risks have diverse origins but are interconnected in such a way that several may emerge at the same time or be a consequence or manifestation of others, with effects at internal, regional, and global level.

As regards irregular immigration, according to the aforementioned UN Report, this must be placed in the context of Transnational Organized Crime. Reference is made, for example, to the 2000 Palermo Convention on Transnational Organized Crime, and specifically to its three Protocols, including the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea, and Air. Transnational organized crime poses a clear threat to international peace and security insofar as it endangers the safety of humans and obstructs the State's fundamental obligation to maintain the rule of law. Furthermore, organized crime feeds off the illicit trafficking of drugs and humans and incites corruption in States. Also, Frontex² and Europol³, have estimated that more than 90% smuggling of migrants in the EU is managed by organized crime.

The European Union is pursuing the same line as that taken at international level, highlighting irregular immigration, linked to Organized crime, as a threat to European security. Thus, the Global Strategy for the EU's Foreign and Security Policy of June 2016⁴ emphasizes the need for an integrated response through the interaction of all available internal and external security instruments to address threats that include, among others, organized crime and external border management. This reference to the "exter-

¹ UN Doc. A/59/656, *A more secure World: our shared responsibility. Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change*, of 2 December 2004.

² FRONTEx, *Frontex Release Risk Analysis and Change for 2022*.

³ EUROPOL, *EU SOCTA 2021: Serious and Organized Crime Threat Assessment*, 2021.

⁴ Doc. Conseil 10715/16, *Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, 28 June 2016.

nal borders management” must also be seen in connection with two clear strands of the Security Union Strategy⁵, namely the need to adopt a new Action Plan to Combat Migrant Smuggling⁶ and the equal need to ensure the security of external borders and tackle cross-border crime, notably through the strengthening of Frontex⁷. This latter leads to two observations: security measures at external border controls are being improved and irregular migrants are being criminalized. This evidences the link being made between irregular immigration and illicit trafficking carried out by organized crime, as is also reflected in the EU Strategy to tackle Organized Crime (2021-2025)⁸, which explicitly includes “migrant smuggling”. Meanwhile, the new European Union Maritime Security Strategy (EUMSS)⁹ views cross-border organized crime – which encompasses, among others, Illegal trafficking of migrants – as a threat to security. So, for example, the arrival of massive migratory flows on the coasts of a State can overwhelm its infrastructures and border management systems, as happened recently in the Canary Islands and Ceuta.

In March 2022, the EU adopted the *Strategic Compass*¹⁰, which represents its security and defence strategy. The threats to European security identified in this document include, among others, terrorism, violent extremism, organized crime, hybrid conflicts and the instrumentalization of irregular migration. The Strategic Compass also underlines the need to coordinate all available instruments related to internal security (Area of Freedom, Security and Justice) and external security (Common Security and Defence Policy). The example cited is the European Union’s *Sophia/Irini*¹¹ naval operation off the coast of Libya.

⁵ Doc. COM (2020) 605 final, *European Union Security Union Strategy*, of 24 July 2020.

⁶ Doc. COM (2021) 591 final, *Action Plan to combat migrant smuggling*, of 29 September 2021.

⁷ See, M. ACOSTA SANCHEZ, *Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?*, in IEEEE, *Documento de Opinión*, 111/2019, of 2 December 2019.

⁸ Doc. COM (2021) 170 final, *EU Strategy to tackle Organized Crime (2021-2025)*, of 14 April 2021.

⁹ Doc. Conseil 14280/23, *Council conclusions on the Revised EU Maritime Security Strategy (EUMSS) and its Action Plan*, of 24 October 2023.

¹⁰ Doc. Council 7371/22, *A Strategy Compass for Security and Defence – For a EU that protects its Citizens, Values and Interests and contributes to International Peace and Security*, of 24 Mars 2022.

¹¹ M. ACOSTA SANCHEZ, *Regarding the scope of competence of peacekeeping operations: The comprehensive approach of EU military operation Sophia in view of the migration crisis*, in, *Journal of Spanish Institute of Strategic Studies*, 2018, n° 12, pp. 15-48.

2.2. *The case of Spain*

The link between irregular migration and organized crime emerges also in the Spanish legal and policy context. Indeed, the Maritime Security Strategy of 2013¹² already considered irregular immigration by sea and migrant smuggling a serious threat to security and linked it to transnational organized crime. More recently, this has been recognized in the National Security Strategy of the Kingdom of Spain of 2021¹³, which equally identifies these acts as a threat to and a “challenge” to security. These acts are a transnational dimension and associated with international cross-border criminality, and they require a collaborative response at a national level – deploying various law enforcement agencies that are difficult to coordinate – and international cooperation, especially with countries on the southern Mediterranean. On this last point, it is worth noting that difficulties sometimes arise in terms of international cooperation between African countries and European ones. These are essentially due to different visions of security and problems with implementing strategies, indicating the need for political rapprochement and operational cooperation.

Concerning Spain’s National Security Strategy, this document highlights the need for improved collaboration with the Maghreb to tackle common threats such as terrorism and organized crime but also stresses the importance of external border surveillance and control. As for irregular migratory flows, the National Security Strategy inevitably links these to the criminal organizations involved in human smuggling and trafficking. It is therefore proposed that risk scenarios and preparedness and response plans be drawn up, including specific plans for the most chronically affected areas such as the Strait of Gibraltar and the Spanish cities, islands and rocks in North Africa¹⁴. However, there is a surprising lack of coherence between the overall National Strategy and what was envisaged in the National Security Report 2021¹⁵. This latter document cites the management of migratory flows as an area of national security that is separate from the fight against organized crime; it even goes so far as to consider the fight against irregular immigration as being one of the principal strands of the EU’s future migration policy.

¹² SPANISH GOVERNMENT, *Spanish Maritime Security Strategy*, Madrid, 2013.

¹³ SPANISH GOVERNMENT, *National Security Strategy of the Kingdom of Spain*, Madrid, 2021.

¹⁴ M. ACOSTA SANCHEZ, *Ceuta y Melilla en las Estrategias de Seguridad españolas y europeas*, in *Peace & Security*, 2022, n° 10.

¹⁵ SPANISH GOVERNMENT, *National Security Report*, Madrid, 2021.

3. *Third States' use of immigration as an instrument of political pressure.*

The reality is that irregular immigration is managed by organized crime (non-State actor). However, irregular migration flows have also been used by State actors for a very specific purpose, namely, to exert political pressure against a country or a group of countries to achieve a pre-determined goal. In Europe, this refers essentially to the migration crises between, on the one hand, Morocco and Spain, with incidents in the Canary Islands at the end of 2020 and in Ceuta in May 2021, and to the Belarusian border in the second half of 2021 on the other.

It should also be noted that instrumentalization of immigration by State actors is not a new phenomenon: Greenhill¹⁶ and Steger¹⁷ have reported up to eighty cases between 1953 and 2017, including the war in Yugoslavia, the crisis in Albania in 1997, and the Syrian refugee crisis on the border between Turkey and Greece with Syrian refugees. The goal of the so-called strategy of weaponization of migration is to force the targeted State(s) to act against its will or to provoke an unforeseen and undesired scenario. Let's now focus on the two crises recently arisen at the external borders of the European Union.

At the Eastern borders, in Autumn 2021 a crisis emerged at the Belarusian border with Poland, Latvia, and Lithuania. This is a consequence of the fact that the EU had imposed sanctions on Belarus in response to the lack of freedoms and electoral fraud in the re-election of the Belarusian dictator, Lukashenko. In turn, the Belarusian government first attracted migrants to its territory (mainly Syrians and Afghans) and then directed them towards the eastern European borders through fabricated irregular migration flows as a means to exert political pressure on the European Union. In reaction, the EU has adopted several measures, among others, new and heavier sanctions against the Lukashenko regime, diplomatic statements, and economic and operational measures. Also, in accordance with the art. 78.3 TFEU, the EU has proposed emergency regulations and an amendment to the Schengen rules in the case of non-European Union Member States instrumentalizing immigration. Irrespective of their real effects, these proposed measures¹⁸ were presented ad hoc, without taking into account the possibility to apply e.g. the

¹⁶ K.M. GREENHILL, *Weapons of Mass Migration. Forced Displacement as an Instrument of Coercion*, in *Strategic Insights*, 2010, vol. 9, n° 1.

¹⁷ N.D. STEGER, *The weaponization of migration: examining migration as a 21st Century tool of political warfare*, Thesis, Naval Postgraduate School, Monterey, California, December 2017.

¹⁸ S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, Dicembre 2021.

2001 Directive on temporary protection (which, on the contrary, has been quickly and unanimously activated in the case of Ukrainians fleeing the war). Given their nature and scope, these proposals have already been criticized by the European Parliament and several NGOs because they could impair the fundamental rights of migrants (including the right to seek asylum and the protection against refoulement and collective expulsions). At the same time, emphasis has been placed on the idea of reinforcing Europe's external borders by increasing security measures, but without considering the individual needs of each immigrant, including in terms of international protection. At the moment, the proposals are still under discussion at the EU institutions.

At the western borders, since the second half of 2020, a migratory crisis has been developing between Spain and Morocco, with the arrival of immigrants to the Canary Islands; however, much more shocking was the arrival, assisted by the Moroccan security forces themselves, of almost 10,000 immigrants to Ceuta¹⁹, mostly minors, in 24 hours in May 2021. All this situation was intended to bolster Morocco's demand that Spain expressly and publicly support its position on the future of Western Sahara for the former colony to become an autonomous Moroccan territory and without a process of self-determination. In this case, despite harsh condemnatory statements by the EU authorities, no action or measures similar to those planned for the border with Belarus have been proposed. Moreover, it seems that Spain has preferred to maintain the incident at a bilateral level because of the complex political bilateral relationship, even going so far as to reject – at least in the case of Ceuta – executive EU support on the ground through the activation of a Frontex operation.

The crisis seems to have stabilized following the Joint Spanish-Moroccan Declaration of 7 April 2022²⁰, in which Spain has finally opted to give its political backing to Moroccan interests, considering “the Moroccan independence initiative, presented in 2007, as the most serious, realistic and credible basis for resolving this dispute”, despite Spain's obligations as the *de jure* administering power of Western Sahara and the commitment under international law to promote the self-determination of the Sahrawi people. This new controversial – an illegal – Spanish position has been reaffirmed in the last High-Level Bilateral Meeting in last February 2023²¹. In fact, since the Joint Declaration

¹⁹ M. LOPEZ BELLOSO, D. FERNANDEZ ROJO, *Morocco uses migratory pressure to force Spain and the EU to give in to the Sahara*, in *ADiM Blog*, Editorial, May 2021.

²⁰ *Joint Spanish-Moroccan Declaration*, of 7 April 2022.

²¹ *Spanish-Moroccan High Level Bilateral Meeting*, of 1-2 February 2023, published in *Peace & Security*, 2023, n° 11.

of April 2022, there has been a drastic reduction in the arrival of migrants to Spain. Bilateral diplomatic dialogue has also resumed and cooperation between the two countries has improved.

4. *Conclusion*

Some conclusions can be drawn. First, there is a clear link between irregular immigration flows and organized crime, as reflected in both national and European security strategies. Anyway, there are examples in international relations of irregular migratory flows being used to exert political pressure by third States. This latter is reflected in the Spanish government's 2021 National Security Report, in the E EU's Strategic Compass of March 2022, and even in NATO's Strategic Concept of June 2022²². This indicates the need to redefine the migration phenomenon in Security strategies, in order to expressly include the instrumentalization of migratory flows by third States as a threat.

Second, the lack of EU's action to the Morocco crisis is due to several factors: the bilateral Spanish-Moroccan relationship has always been very complex, and it is essential for the fight against terrorism and illicit trafficking. In addition, there are geo-strategy elements, given the situation of the Canary Islands and Ceuta and Melilla, far from the continent, and the fact that, especially in the case of the Spanish cities, they are the only European external borders with Africa, more affected by migratory flows, and these threats can impact more strongly in national infrastructures and the international protection system. Nevertheless, Spain has always sought a bilateral relationship rather than a European one with Morocco, which weakens it politically. In this point, we must consider the position of the Spanish Constitutional Court, which states that the migration issue requires supranational and non-national solutions.

Finally, in accordance with the coherence in external action, common measures should be taken by the EU against States that use migrants as instruments of political pressure, in any field and in any circumstances. In particular, solidarity measures and the control and management of external borders, through e.g. Frontex, but also the implementation of temporary protection for migrants. Anyway, the EU must take into consideration the special situation on western external borders, especially in the case of the weaponization of migration.

²² NATO, *Strategic Concept*, Madrid, 29 June 2022.

PUSH-BACKS AND INTERNATIONAL LAW VIOLATIONS AT GREEK BORDERS

Francesca Romana Partipilo*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. NGOs' watchdog role at European borders. – 3. The international law violations entailed by the conduct of Greek authorities. – 4. The violation of the prohibition of collective expulsions in the jurisprudence of the Strasbourg Court. – 5. The violation of the prohibition of *refoulement*. – 6. The violation of the duty to rescue people in distress at sea. – 7. The Greek forced return monitoring system. – 8. Conclusion.

1. *Introduction*

On the 19th of May, 2023, The New York Times published a video showing a group of migrants, including women and children, being transported in a white van to a remote spot on the island of Lesbos, forcibly transferred on an inflatable raft by masked men, and abandoned at sea¹. As reported by The New York Times and other news outlets, the migrants – reportedly Somalis, Eritreans, and Ethiopians – were eventually rescued by a Turkish Coast Guard vessel². Allegedly, the footage was captured on the 11th of April by an Austrian activist. After the publication of the video, EU Home Affairs Commissioner Ylva Johansson contacted Athens and urged the Greek government to thoroughly investigate the incident³. For its part, the Greek government strongly opposed suggestions that it engages in illegal practices against asylum-seekers.

2. *NGOs' watchdog role at European borders*

Greek authorities' practice of pushing back refugees and asylum-seekers is well documented, representing a long-standing feature of Greek migration

* Postdoctoral research fellow in International Law, Università di Bologna.

¹ M. STEVIS-GRIDNEFF, S. KERR, K. BRACKEN, N. KIRAC, *Greece Says It Doesn't Ditch Migrants at Sea. It Was Caught in the Act*, in *The New York Times*, 19 May 2023.

² H. SMITH, *Greek government under fire after video shows 'pushback' of asylum seekers* in *The Guardian*, 19 May 2023.

³ J. BARIGAZZI, J. HANKE VELA, N. CAMUT, *EU's Johansson slams Greece over 'deportation' of migrants*, in *Politico*, 24 May 2023.

policies⁴. A research on the Common European Asylum System published in 2019 documented numerous push-backs carried out by Greek authorities during the “refugee crisis”⁵. In an interview, an Afghan man declared that «[the police] had dogs and they let them come up to us, and this is how they caught us. They apprehended us, took our clothes, everything we had with us, and eventually returned us to Turkey». Similarly, a Syrian man shared that he was misled by what appeared to be Greek police officers. He testified that «[the police] found us very quickly. They wore masks and dark clothes and they spoke to us in English». The migrants were asked their nationality and destination and then «one of the men said this is not Greece, you took the wrong way, but we can take you to Greece». The migrants were eventually guided to what was presented as the Greek border and were told to walk in the direction of what was, in fact, Turkey.

Despite recurring allegations of the government’s involvement in push-backs, both at land and at sea, Greece has consistently denied it engages in such practices, alleging that both Hellenic Coast Guard officers and the Greek police always act in compliance with international and European law⁶. Nonetheless, NGOs and civil society groups such as Amnesty International⁷, Oxfam⁸, Alarm Phone, Lighthouse Relief, and Aegean Boat Report increasingly witness and report episodes in which migrants are mistreated and push-backs are carried out on Greek territory or at sea. In these instances, as reported by Amnesty International in 2021, migrants often experience or witness «violence from people described as uniformed Greek officials, as well as men in civilian clothing. This includes blows with sticks or truncheons, kicks, punches, slaps, and pushes, sometimes resulting in severe injuries».

In November 2020, the Norwegian NGO Aegean Boat Report denounced that Greek officers forced a group of migrants arrived on the island of Lesbos into life rafts which were left to drift towards Turkish territorial waters. Similarly, in May 2020, Bellingcat documented that a group of migrants and

⁴ P. KINGSLEY, K. SHOUMALI, *Taking Hard Line, Greece Turns Back Migrants by Abandoning Them at Sea*, in *The New York Times*, 14 August 2020.

⁵ A. DIMITRIADI, A. SARANTAKI. (2019). *Borders and the mobility of migrants in Greece*. CEASEVAL.

⁶ K. KALLERGIS, *Pushbacks: Migrants accuse Greece of sending them back out to sea*, in *BBC*, 12 December 2020.

⁷ Amnesty International. (2021, June 23). *Greece: Pushbacks and violence against refugees and migrants are de facto border policy*.

⁸ S. OIKONOMOU, V. PAPASTERGIU, *Lesbos bulletin: Update on the EU response in Lesbos*, GCR & OXFAM, 8 September 2021.

asylum-seekers who had landed on the Greek island of Samos were towed out to sea by a Hellenic Coast Guard vessel and left adrift in Turkish territorial waters⁹. In February 2021, the Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM) published a report describing push-back practices in Greece, the Balkans and Italy¹⁰. In the report, PICUM claims that, on 26 July 2020, a group of more than twenty persons, including two babies, were taken at night from a detention centre in the island of Rhodes and left to drift in an inflatable raft before being rescued by the Turkish Coast Guard.

Today, the watchdog role fulfilled by NGOs and civil society organizations represents an obstacle to states' increasing disregard for the procedural guarantees granted by international and EU law to people seeking international protection in Europe¹¹. Consequently, states are often disturbed by the presence of NGOs on their territory, since it may hinder their ability to carry out hostile practices against migrants and refugees, while escaping legal accountability for their actions. In this regard, scholars explained that «the social construction of the Mediterranean as an empty space allows the EU and its Member States to avoid responsibility for deaths at sea»¹². Nonetheless, «NGOs' activities at sea disrupts this construction, illustrating Europe's complicity in the deaths of thousands of people at its edge». The idea that states do not wish to have independent observers at the border space of the Aegean Sea was a common explanation for the criminalisation of SAR and boat-spotting activities on Greek islands. As stressed by Schack and Witcher, the «principal reason for the criminalisation of SAR appears to be related to [civil society organizations'] positioning at the border, and their ability and willingness to witness and speak out about the activities of border authorities»¹³.

⁹ B. DEEB, *Samos and the Anatomy of A Maritime Push-Back*, in *Bellingcat*, 20 May 2020.

¹⁰ PICUM - Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, *Report on pushback practices and their impact on the human rights of migrants*, February 2021.

¹¹ A. WITCHER, *Greece's discriminatory migrant regime: Volunteers, informal street-level bureaucrats, and moral rationalities*, in *Journal of Refugee Studies*, 34(2), 2021, pp. 1540-1559.

¹² C. MAINWARING, D. DE BONO, *Criminalizing solidarity: Search and rescue in a neo-colonial sea*, in *EPC: Politics and Space*, 39(5), 2021, pp. 1030-1048.

¹³ L. SCHACK, A. WITCHER, *Hostile hospitality and the criminalization of civil society actors aiding border crossers in Greece*, in *Environment and Planning D: Society and Space*, 39(3), 2021, pp. 477-495.

3. *The international law violations entailed by the conduct of Greek authorities*

The pattern of push-backs and informal returns at Greek borders highlights some strictly-legal aspects, connected on the violation of EU law, international human rights law, and the law of the sea.

Firstly, although Greece has not ratified Protocol no. 4 of the ECHR, Greek authorities may be held responsible of a violation of Article 3 of the ECHR (see for example *Soering v. The United Kingdom*)¹⁴. In addition, as far as EU law is concerned, they may be held responsible of a violation of the Asylum Procedures Directive as well as the Dublin Regulation III, requiring Member States to allow asylum-seekers effective access to an asylum procedure which hinges on exhaustive and comprehensive information, as stressed by the ECtHR in *Sharifi and Others v. Italy and Greece* (§169)¹⁵.

In addition, considering that Turkey adopts personal and territorial limitations to the definition of refugee contained in the Refugee Convention, it may be argued that Greek authorities violated the provision of *non-refoulement* contained, *inter alia*, in the Convention. Scholars agree on the fact that Turkey may not be considered a “safe third country” where asylum claimants are able to apply for international protection¹⁶. In fact, Turkey restricted the scope of the Convention to «events occurring in Europe». Consequently, only those fleeing «events occurring in Europe» may enjoy refugee status in Turkey. Therefore, people forcibly expelled to Turkey may suffer chain (that is indirect) *refoulement* to their countries of origin.

Finally, Greek authorities’ actions were also in breach of the duty to rescue as prescribed by the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), the International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR Convention), and the Convention on the Safety of Life at Sea (SOLAS Convention).

4. *The violation of the prohibition of collective expulsions in the jurisprudence of the Strasbourg Court*

Although Greece is not bound by Protocol no. 4 of the ECHR – having failed to sign and ratify it – and thus cannot formally violate it, it is impor-

¹⁴ ECtHR, Judgment of 7 July 1989, *Soering v. The United Kingdom* [GC], 14038/88.

¹⁵ ECtHR, Judgment of 21 October 2014, *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, 16643/09.

¹⁶ J. POON, *EU-Turkey Deal: Violation of, or Consistency with, International Law?*, in *European Papers*, vol. 1, n. 3/2016, pp. 1195-1203.

tant to stress that push-backs and informal returns are generally prohibited by Article 4 of the Protocol, prescribing that «collective expulsion of aliens is prohibited»¹⁷.

As explained by the registry of the ECtHR in its Guide on Article 4 of Protocol no. 4 – a soft-law instrument clarifying the content of the prohibition at hand – «the core purpose of the Article is to prevent States from being able to remove a certain number of aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority». Accordingly, the provision in question represents a crucial procedural guarantee for the rights of people seeking asylum in the territory of one of the contracting states.

The European Court of Human Rights dealt with numerous cases of collective expulsions¹⁸, among which the landmark case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*¹⁹, in 2012, is one of the most relevant²⁰. Through its jurisprudence, the Court clarified that the notion of collective expulsion is to be understood as «any measure compelling aliens, as a group, to leave the country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group» (see, inter alia, *Khlaifia and Others v. Italy*, [GC] §237)²¹. A particularly relevant judgment for present purposes is represented by the case of *Sharifi v. Italy and Greece*, which concerned the interception and immediate deportation to Greece of migrants who had clandestinely boarded vessels for Italy and arrived in the Italian port of Ancona. In *Sharifi* the Court stressed that the lack of access to a refugee status determination procedure in the port of disembarkation constitutes a violation of Article 4 of Protocol no. 4. On that occasion, the Court observed that, once arrived in Italy, the applicants had been handed back to the captains of the ferries which they had disembarked, without having had access to an interpreter or to anyone who could provide them with information regarding the request for international protection and related procedure (§242). The Court therefore considered that the measures to which the applicants had been subjected once disembarked in Italy had amounted to collective and

¹⁷ L. RIEMER, *The Prohibition of Collective Expulsion in Public International Law*, 2020.

¹⁸ M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsion: An assessment of the Strasbourg case law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2020, pp. 479-509.

¹⁹ ECtHR, Judgment of 23 February 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], 27765/09.

²⁰ M. DEN HEIJER, *Reflections on Refoulement and collective expulsion in the Hirsi case*, in *International Journal of Refugee Law*, 25(2), 2013, pp. 265-290.

²¹ ECtHR, Judgment of 15 December 2016, *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], 16483/12.

indiscriminate expulsions. It is almost superfluous to observe that the episode commented in this contribution presents more than one similarity with the judgment in *Sharifi v. Italy and Greece*.

5. *The violation of the prohibition of refoulement*

As for the prohibition of *refoulement*, many scholars argue that «EU member states' border practices and their unwillingness to admit third-country nationals to a refugee status determination procedure on their territory can result in *refoulement*»²². As anticipated, this may be the case of Greek push-back practices, since they may result in indirect/chain *refoulement* at the hands of Turkish authorities²³. As well known, the prohibition of *refoulement* is primarily contained in the Geneva Convention on the status of refugee. Additionally, other legal instruments refer to this prohibition. For instance, Article 4 of the Schengen Borders Code binds EU Member States to act in compliance with the Geneva Convention and with the obligations related to access to international protection, in particular with the principle of *non-refoulement*, when applying the Code. Further, Article 8 of the Asylum Procedures Directive obliges border guards to provide information about the possibility to apply for asylum if there are indications that a person may wish to do so. Regrettably, as explained by Goldner Lang and Nagy, push-backs prevent individuals from applying for asylum, resulting in a potential violation of border authorities' duty to respect the principle of *non-refoulement*.

6. *The violation of the duty to rescue people in distress at sea*

The push-back documented by The New York Times also enshrines a blatant violation of the law of the sea, since Greek authorities did not assist a vessel in danger, but rather actively caused the situation of distress by forcing the migrants on an inflatable raft and abandoning them at sea. Such a reckless behavior carried the potential to cause several deaths amongst the migrants on board. It needs to be recalled that, in 2022, Greece was condemned by the Strasbourg Court in a similar case, that of *Safi and others v. Greece*²⁴. The case

²² I. GOLDNER-LANG, B. NAGY, *External Border Control Techniques in the EU as a Challenge to the Principle of Non-Refoulement*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, pp. 442-470.

²³ G. GOODWIN-WILL, *The right to seek asylum: Interception at sea and the principle of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 23(3), 2011, pp. 443-457.

²⁴ ECtHR, Judgment of 7 July 2022, *Safi and Others v. Greece*, 5418/15.

concerned the sinking of a fishing boat transporting 27 third-country nationals in the Aegean Sea in January 2014, off the island of Farmakonisi, resulting in the death of eleven people. According to the applicants, a coastguard vessel was travelling at very high speed in order to push the refugees back towards Turkish waters and this conduct caused the fishing boat to capsize. The Strasbourg Court found a violation of the right to life, both due to the authorities' failure to investigate such a significant case responsibly and effectively, and to the omission to take those actions that they should and could have taken to protect human lives and prevent the tragic incident (§§166-167).

Despite not being officially confirmed, it seems that the horrific shipwreck occurred off the coast of Greece in early June 2023 may have been the result of a similar behavior of Greek authorities. According to several survivors, in fact, the Greek Coast Guard was present on the site of the shipwreck and did not act to save the lives in peril, rather trying to tow the boat with a rope, probably in the attempt to push it outside Greek territorial waters and towards Turkey.

Unfortunately, as underlined by Omer Schatz, the likelihood of Greece being taken to court under failure to uphold the law of the sea is slim. In fact, «only states, not individuals, can take Greece to court and given the complicity of the 27 members of the EU in this policy this is unlikely in this cases»²⁵.

7. *The Greek forced return monitoring system*

It should be noted that a Recording Mechanism of Informal Forced Returns was set up by Greece under Article 8(6) of the EU Return Directive (2008/115/EC), prescribing that «Member States shall provide for an effective forced-return monitoring system». The mechanism commenced operations in early 2022 under the supervision of the Greek National Commission for Human Rights (GNCHR), and presented its first Interim Report in January 2023. In the framework of this mechanism, ten NGOs and civil society organisations – including the Greek Council for Refugees, the Hellenic League for Human Rights, and Danish Refugee Council – recorded at least 50 incidents and 58 testimonies of informal forced returns, occurred between April 2020 and October 2022. The total number of alleged victims was approximately 2,157 third-country nationals, including asylum-seekers and people enjoying refugee status in Greece.

²⁵ K. FALLON, *Greece boat tragedy: What do we know about the coastguard's role?*, in *Aljazeera*, 20 June 2023.

8. *Conclusions*

The first report of the Recording Mechanism of Informal Forced Returns demonstrates the systematic recourse to push-backs and forced expulsions by Greek authorities. On a brighter note, the monitoring system reveals the human rights potential inherent in the activities of NGOs and civil society organizations working at European external borders. It proves how the synergy between national human rights institutions and NGOs may promote international human rights law at the national level and consolidate the substantial and procedural guarantees reserved to migrants and asylum-seekers. In fact, although courts, international tribunals, and legally binding instruments have failed so far to improve the behavior of border authorities in states of first entry, NGOs highlight the cognitive dissonance between provisions of international and EU law protecting the rights of refugees and the legal and/or political strategies enacted in EU states to curb migration flows. In turn, such a fundamental contribution to the implementation of international law might galvanize public opinion and influence the debate on migration at the national, supranational and international level.

UN NUOVO CAPITOLO SULL'INCOMPATIBILITÀ
IN MATERIA DI ASILO:
LA NORMATIVA EMERGENZIALE UNGHERESE
DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Kamilla Galicz*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Normativa emergenziale sotto scrutinio europeo. – 3. La sentenza della Corte di Giustizia. 3.1. L'accesso effettivo alla procedura di protezione internazionale. – 3.2. Regime emergenziale sotto il test di proporzionalità. – 3.3. Brevi cenni sulle deroghe per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di analizzare la sentenza del 22 giugno 2023 della Corte di Giustizia dell'Unione europea («Corte», «CGUE»)¹ avente per oggetto la normativa emergenziale di asilo introdotta dall'Ungheria per contrastare la diffusione della pandemia da Covid-19. Per contestualizzare la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo, occorre rilevare che le misure in deroga allo svolgimento ordinario della procedura di protezione internazionale di cui alla Direttiva 2013/32/UE² erano state originariamente previste dal decreto del governo n. 233/2020, del 26 maggio 2020, e successivamente riunite nella legge n. LVIII del 2020 sulle norme provvisorie connesse alla revoca dello stato di emergenza e sulla situazione di allerta epidemiologica («legge del 2020»). Nel contesto della continua estensione dello stato di eccezione³, tali misure sono state ripetutamente prorogate e, nono-

* Dottoranda di ricerca in Diritto, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ CGUE, sentenza del 22 giugno 2023, *Commissione europea c. Ungheria*, C-823/21, EU:C:2023:504.

² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), OJ L 180.

³ Per ulteriori approfondimenti, si rinvia, *ex multis*, a INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *A Façade of Legality: COVID-19 and the Exploitation of Emergency Powers in Hungary*, Geneva, February 2022; G. MÉSZÁROS, *Never-Ending Exception. The Ukraine War Perpetuates Hungary's Government by Decree*, in *Verfassungsblog*, 10 May 2022.

stante la loro dichiarata incompatibilità con il diritto dell'Ue, restano in vigore fino al 31 dicembre 2024⁴.

Ai sensi degli articoli 267-275 della legge del 2020, lo straniero, cittadino di un Paese terzo o apolide, che intende chiedere protezione internazionale allo Stato ungherese, è tenuto a recarsi a una delle ambasciate ungheresi ubicate nei Paesi terzi limitrofi (ossia in Serbia, a Belgrado, oppure – prima del conflitto armato – in Ucraina, a Kiev) al fine di depositare personalmente una c.d. dichiarazione d'intenti relativa alla presentazione della domanda di asilo. Lo stesso obbligo incombe anche allo straniero presente nel territorio dopo aver attraversato la frontiera dell'Ungheria in modo irregolare. L'art. 271, co. 1, prevede che siano esentati dalla c.d. procedura all'ambasciata: il beneficiario di protezione sussidiaria residente in Ungheria; il familiare di un titolare di protezione internazionale già presente nel territorio nazionale al momento della presentazione della medesima domanda; il destinatario di una misura coercitiva o di una misura o di una condanna che limiti la sua libertà personale (a meno che non abbia attraversato la frontiera irregolarmente). Pare necessario precisare che il modulo della dichiarazione è disponibile solo in ungherese oppure in inglese⁵.

L'ambasciata inoltra tale dichiarazione alla Direzione generale nazionale della polizia degli stranieri («Direzione generale»), quale autorità competente di asilo. Entro 60 giorni la Direzione generale decide del rilascio di un documento di viaggio che consente l'ingresso unico in Ungheria al fine esclusivo di presentare la domanda di protezione internazionale. Ai sensi dell'art. 270, co. 4, soltanto dal momento della presentazione della domanda lo straniero può esercitare i diritti conferiti al richiedente dalla legge n. LXXX del 2007 («legge sul diritto di asilo»). Per quanto riguarda l'accoglienza, l'art. 270, co. 5, stabilisce che la Direzione generale *può* assegnare un alloggio al richiedente in un centro di accoglienza chiuso per un massimo di quattro settimane, dopodiché, se le condizioni per prolungare il trattenimento non sussistono, assegna un alloggio in conformità alle norme generali della procedura.

Occorre aggiungere che il memorandum esplicativo allegato alla legge del 2020 stabilisce che «lo straniero *viene* collocato in una struttura di accoglienza chiusa». Secondo la motivazione della legge, dunque, tale norma

⁴ L'ultima estensione è stata prevista dall'art. 91 della legge n. XCI del 2023 sulle modifiche delle leggi necessarie per la tutela della sicurezza pubblica e del contrasto alla migrazione.

⁵ Il modulo inglese è accessibile sul sito della Direzione generale nazionale della polizia degli stranieri: http://www.bmbah.hu/images/sz%C3%A1nd%C3%A9knyilatkozat_angol_4.pdf.

prescriverebbe in modo obbligatorio il trattenimento in un centro chiuso per un massimo di quattro settimane, dopodiché il richiedente sarebbe trasferito in uno dei centri di accoglienza ordinaria ai fini dell'esame della domanda. Si rileva che⁶, negli anni 2020 e 2021, solo 12 persone (tutti nazionali dell'Iran di religione cristiana) hanno ottenuto l'ingresso e, successivamente, il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Nel 2022, 4 documenti di viaggio sono stati rilasciati a favore di cittadini iraniani, ma dalle statistiche non si evince che qualcuno sia effettivamente arrivato in Ungheria tramite la procedura all'ambasciata⁷.

2. *Normativa emergenziale sotto scrutinio europeo*

Le misure in deroga introdotte dall'esecutivo ungherese e consolidate in forma di legge hanno richiamato l'attenzione della Commissione europea, che il 30 ottobre 2020 ha inviato una lettera di diffida relativa alla compatibilità delle medesime con la Direttiva 2013/32/UE. Il 18 febbraio 2021 la Commissione, con parere motivato, ha dichiarato l'inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto europeo da parte dell'Ungheria, invitandola ad adottare i provvedimenti necessari per rimediare i motivi di incompatibilità. Nella sua risposta del 19 aprile 2021, l'Ungheria ha ribadito la sua posizione relativa alla compatibilità della legislazione emergenziale con la Direttiva 2013/32/UE. Infine, il 15 luglio 2021, la Commissione ha deciso di deferire l'Ungheria alla Corte di Giustizia.

Nel ricorso proposto il 22 dicembre 2021⁸, la Commissione ha ritenuto che l'Ungheria fosse venuta meno agli obblighi derivanti dall'art. 6 della Direttiva 2013/32/UE, letti congiuntamente con l'art. 18 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea («Carta»). Tale articolo mira a garantire un accesso effettivo alla procedura di protezione internazionale a tutti coloro che si trovino nel territorio di uno Stato membro, comprese le frontiere. Pertanto, secondo la Commissione, la dichiarazione d'intenti da presentare all'ambasciata in base alla legislazione ungherese non equivale a una domanda di protezione internazionale ai sensi dell'art. 6, il cui effetto utile sarebbe compromesso.

⁶ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *AIDA country report: Hungary*, up-to-date as of 31 December 2021, published in April 2022, pp. 9; 13.

⁷ ECRE, *AIDA country report: Hungary*, up-to-date as of 31 December 2022, published in April 2023, pp. 10; 13.

⁸ Commissione europea, Ricorso proposto il 22 dicembre 2021, *Commissione europea c. Ungheria*, C-823/21.

Pur riconoscendo l'obiettivo di affrontare la pandemia da Covid-19 con misure necessarie e proporzionate per tutelare la salute pubblica, la Commissione ha ribadito che tali misure non possono impedire l'accesso alla procedura di protezione internazionale. Né si è riscontrata la sussistenza dei motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica di cui all'art. 72 TFUE, invocati dalla difesa. Inoltre, la Commissione ha considerato la normativa emergenziale lesiva del diritto dei richiedenti di rimanere nel territorio dello Stato membro, previsto dall'art. 9 della Direttiva 2013/32/UE, in quanto la predetta dichiarazione non conferisce lo *status* di richiedente e il connesso diritto di soggiorno. Infine, si è sollevata la violazione del principio di *non-refoulement*, e in generale degli obblighi internazionali del Paese.

Dal canto suo, l'Ungheria ha sottolineato che la procedura all'ambasciata era stata introdotta per fare fronte alla propagazione del coronavirus in un contesto più ampio di misure adottate in tutta l'Europa volte a limitare l'ingresso nei territori nazionali e la libera circolazione tra i medesimi⁹. A tal proposito, occorre precisare che il *leitmotiv* delle misure derogatorie era riconducibile alla sostituzione delle zone di transito, evacuate in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia del 14 maggio 2020¹⁰. Infatti, come si evince dal memorandum esplicativo dell'art. 267 della legge del 2020, il legislatore domestico aveva considerato le zone di transito idonee a prevenire la diffusione del coronavirus, perciò, dopo la loro evacuazione, aveva ritenuto necessario introdurre un nuovo regime procedurale finalizzato alla protezione della salute pubblica.

Secondo la difesa, la procedura all'ambasciata non sarebbe rientrata nell'ambito di applicazione della Direttiva 2013/32/UE, riguardando dichiarazioni presentate alle ambasciate e non alle frontiere esterne dell'Ue e quindi non soggette al diritto dell'Unione in materia di asilo. L'Ungheria ha ribadito, altresì, che la legge del 2020 avrebbe dato attuazione all'obbligo di garantire la sovranità territoriale e l'autodeterminazione prevista dalla Legge fondamentale, che a sua volta aveva elevato a rango costituzionale le disposizioni principali della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati. Per ultimo,

⁹ Cfr. L. MARIN, *The COVID-19 Crisis and the Closure of External Borders: Another Stress-test for the Challenging Construction of Solidarity Within the EU?*, in *European Papers*, n. 2/2020, pp. 1071-1086; M. ADDIS, *Covid-19 e diritti fondamentali: una comparazione tra cittadini dell'UE ed extracomunitari nel panorama del multilevel Constitutionalism*, in *DPCE Online*, numero speciale, 2022, pp. 567-577.

¹⁰ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS e altri c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367.

la difesa ha rigettato la presunta violazione del principio di non respingimento sostenendo che la Serbia, quale Paese candidato all'adesione all'Ue, fosse un Paese di origine sicuro.

3. *La sentenza della Corte di Giustizia*

Nella pronuncia qui in commento, la Corte conduce un esame approfondito della conformità della normativa emergenziale ungherese al diritto dell'Ue. Attraverso la valutazione della portata dell'art. 6 della Direttiva 2013/32/UE e della proporzionalità delle misure introdotte nel contesto pandemico, i Giudici di Lussemburgo affermano la non-compatibilità delle norme sulla procedura all'ambasciata con il diritto europeo, concludendo che l'Ungheria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del suddetto articolo.

Successivamente il presente contributo si sofferma sugli elementi principali del giudizio della Corte, ovvero la natura dell'accesso effettivo alla procedura di protezione internazionale, i criteri posti alle deroghe per motivi di sanità pubblica, nonché i motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza di cui all'art. 72 del Trattato sul Funzionamento dell'Ue («TFUE»).

3.1. *L'accesso effettivo alla procedura di protezione internazionale*

In via preliminare, occorre precisare che nel corso del procedimento pre-contenzioso la normativa ungherese è stata soggetta a varie modifiche, tra cui le norme attuative della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022¹¹, le quali hanno esentato i cittadini terzi e gli apolidi che hanno soggiornato legalmente in Ucraina dalla procedura all'ambasciata. Perciò, in primo luogo, la Corte identifica la legislazione vigente da mettere sotto esame, collegando la valutazione dell'esistenza di un inadempimento alla situazione sussistente alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato. Ne consegue che dalla valutazione viene esclusa la normativa relativa alla protezione temporanea¹² e alle categorie esentate dalla procedura all'ambasciata¹³.

In secondo luogo, la CGUE analizza la natura dell'accesso alla procedura di protezione internazionale di cui all'art. 6 della Direttiva 2013/32/UE. In proposito, la Corte ribadisce che tale Direttiva si applica a tutte le domande

¹¹ Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea.

¹² ECRE, *AIDA country report: Annex on Temporary Protection in Hungary*, published in April 2022.

¹³ CGUE, sentenza del 22 giugno 2023, cit., §§ 40-41.

presentate nel territorio degli Stati membri, comprese la frontiera, le acque territoriali e le zone di transito. Considerato che l'accesso alla procedura è di importanza fondamentale per il rispetto effettivo del diritto alla registrazione e all'esame della domanda e, più in generale, del diritto di asilo di cui all'art. 18 della Carta, tale diritto spetta anche allo straniero che si trova in una situazione di soggiorno irregolare e la manifestazione della volontà di chiedere protezione non può essere condizionata da formalità amministrative¹⁴.

La presentazione della domanda, dunque, è un momento delicatissimo della procedura, in quanto ad essa sono collegati il conferimento della qualità di richiedente e, di conseguenza, il diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro ai sensi dell'art. 9. Tale accesso, perciò, deve essere effettivo, facile e rapido, e gli Stati membri devono astenersi da pratiche che ritardino in modo ingiustificato la presentazione della domanda di protezione internazionale. Dato che gli stranieri soggetti alla procedura all'ambasciata si trovano già nel territorio oppure si presentano alle frontiere dello Stato ungherese, la CGUE precisa che la loro situazione rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 3 della medesima Direttiva¹⁵.

Alla luce di ciò, la Corte conclude che la previsione di una fase preliminare della procedura presso un'ambasciata sita in un Paese terzo non è prevista dall'art. 6 della Direttiva. Tale pratica contrasta con la finalità della medesima di garantire un accesso effettivo, agevole e rapido alla procedura, e comporta la privazione del godimento effettivo del diritto di chiedere asilo di cui all'art. 18 della Carta¹⁶.

3.2. Regime emergenziale sotto il test di proporzionalità

In terzo luogo, la Corte passa al vaglio di proporzionalità il regime emergenziale introdotto per contrastare la diffusione del coronavirus, bilanciando, da un canto, l'interesse legittimo legato alla lotta contro malattie contagiose; dall'altro canto, l'effettività del diritto di accedere alla procedura di protezione internazionale. Sebbene l'art. 6 della Direttiva 2013/32/UE ammetta la previsione di misure eccezionali che subordinino la presentazione della domanda a modalità particolari che salvaguardino l'obbligo di protezione della salute umana, tali misure devono essere idonee a raggiungere l'obiettivo, ovvero il contrasto alla propagazione di una patologia contagiosa, e proporzionate ri-

¹⁴ *Ivi*, §§ 42-44.

¹⁵ *Ivi*, §§ 45-48.

¹⁶ *Ivi*, §§ 51-52.

spetto a tale obiettivo, perseguendolo in modo pertinente, proporzionato e non discriminatorio¹⁷.

Sul punto, la CGUE afferma che il regime emergenziale ungherese è manifestamente sproporzionato rispetto all'obiettivo di garantire l'accesso effettivo alla procedura. In più, esso non risulta congruo a contrastare la diffusione del coronavirus, in quanto, costringendo gli stranieri a spostarsi in un altro Stato, li espone a un più elevato rischio di infezione che potrebbe poi propagarsi in Ungheria. Ricordando che nessun'altra misura di contrasto era stata adottata nei confronti di coloro che avessero manifestato l'intenzione di chiedere protezione internazionale in Ungheria, la Corte giunge alla conclusione che le norme introdotte per motivi di sanità pubblica non risultano conformi al diritto europeo¹⁸.

3.3. Brevi cenni sulle deroghe per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza

Infine, la Corte di Giustizia rigetta la motivazione dell'Ungheria relativa all'art. 72 TFUE ai sensi del quale le disposizioni del Titolo V della parte terza del TFUE non ostano all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna. Sottolineando l'interpretazione restrittiva della deroga, i Giudici di Lussemburgo ricordano che tale articolo non concede una riserva generale che escluda dall'ambito di applicazione del diritto dell'Ue qualsiasi provvedimento adottato per i suddetti motivi. A tal riguardo, la CGUE nota che l'Ungheria non ha dimostrato nello specifico la necessità di adottare deroghe alle prescrizioni dell'art. 6 della Direttiva 2013/32/UE, invocando l'art. 72 TFUE in maniera piuttosto generica¹⁹.

4. Conclusioni

La sentenza del 22 giugno del 2023 segna un altro capitolo della saga sull'incompatibilità della normativa ungherese in materia di asilo con il diritto dell'Ue, un capitolo che non si può dichiarare concluso, dato che a fine 2023 il legislatore domestico ha provveduto ad un altro anno di proroga. Come già rilevato altrove²⁰, negli ultimi anni la legge ungherese sul diritto di asilo ha

¹⁷ *Ivi*, §§ 55-57, 62.

¹⁸ *Ivi*, §§ 58-61.

¹⁹ *Ivi*, §§ 65-69.

²⁰ Si permetta il rinvio a K. GALICZ, *Diritto di asilo nei contesti di emergenza: l'involuzione della normativa ungherese*, in *DPCE Online*, n. 1/2023, pp. 139-162.

subito varie modifiche volte a restringere l'accesso al territorio e alla procedura di protezione internazionale. Facendo un passo indietro, si invita a leggere tali limitazioni nel contesto più ampio di regressione democratica che, partendo dalle numerose revisioni della Legge fondamentale magiara²¹, incide su una vasta gamma di diritti e libertà fondamentali. La peculiarità della normativa di asilo consiste nell'importanza che l'immigrazione riveste nella narrativa di matrice populista che caratterizza l'agenda dell'esecutivo, un'importanza che ha forti ripercussioni sulle norme relative all'esercizio del medesimo diritto.

In tale ottica, la sentenza commentata si inserisce nel novero delle pronunce di incompatibilità fra la normativa nazionale e il diritto dell'Ue, affiancate dalle decisioni dei Giudici di Strasburgo sulla non-conformità delle zone di transito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²². Dalla giurisprudenza sempre più corposa delle due Corti sta emergendo una contro-narrativa che mira a porre limiti agli eccessi della normativa e della prassi sviluppate negli ultimi anni in Ungheria. Benché l'esito risulti ancora poco visibile, il loro ruolo risulta fondamentale per valutare la sussistenza di violazioni degli obblighi derivanti dal diritto dell'Ue e dalla CEDU, vegliando così sulla corretta attuazione delle norme sul Sistema europeo comune di asilo e sul rispetto del regime convenzionale del 1951.

²¹ G. HALMAI, *The Evolution and Gestalt of the Hungarian Constitution*, in A. VON BOGDANDY, P. M. HUBER, S. RAGONE (a cura di), *Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, 2023, pp. 217-268.

²² Cfr. per ultimi Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *O.Q. c. Ungheria*, ric. n. 53528/19; sentenza del 25 agosto 2022, *W.O. e altri c. Ungheria*, ric. n. 36896/18.

REFUSAL OF ENTRY OR RETURN? THE CJEU'S AMBIGUOUS CONCLUSIONS IN *ADDE AND OTHERS*

Chiara Raucea*

SOMMARIO: 1. Background of the case and the preliminary question referred to the CJEU. – 2. The EU legal context. – 3. The answer provided by the CJEU. – 4. Comment. – 5. Since when is a TCN irregularly present? – 6. What about the obligation to issue a return decision? – 7. Conclusions.

1. *Background of the case and the preliminary question referred to the CJEU*

*ADDE and Others*¹ clarifies what EU rules apply to third-country nationals (TCNs) stopped in France while crossing the Italian-French border, where France has reintroduced border control since 2015. The CJEU concludes that France must apply the *Returns Directive*² (RD) when checks are temporarily reintroduced and TCNs present themselves without fulfilling the entry conditions set out in the *Schengen Borders Code*³ (SBC) at a border crossing point located in the French territory. The obligation to apply the RD to these cases makes pushbacks and detention practices at the French-Italian border incompatible with EU law.

The preliminary question was submitted by the French Council of State (*Conseil d'État*). This had been requested by several associations assisting

* Assistant Professor in European Law, Tilburg University.

¹ CJEU, judgment of 21 September 2023, *Association Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE) and Others v Ministre de l'Intérieur*, C-143/22, ECLI:EU:C:2023:689 (hereinafter: *ADDE and Others*).

² Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (hereinafter: RD). See A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 11 (1), 2009, pp. 1-17. See also S. PEERS, *Irregular Migration*, in S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, 4th ed, Oxford (United Kingdom), Oxford University Press, 2016, pp. 443-540.

³ Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (hereinafter: SBC). See D. THYM, *Border Controls*, in D. THYM, *European Migration Law*, Oxford (United Kingdom), Oxford University Press, 2023, pp. 301-336.

migrants⁴ to adjudicate on the legality of an amendment introduced to the *French Code on Entry and Residences of Foreigners and the Right of Asylum* (CESEDA⁵). This amendment extended the rules on entry refusal set by Article 14 SBC for the EU's external borders to TCNs who could not be granted entry at an internal border where control was temporarily reintroduced⁶. The appealing associations claimed that such practice was incompatible with EU law.

To adjudicate on this case, the *Conseil d'État* asked the CJEU to clarify whether the refusal of entry to TCNs who arrive, without a right to entry, to an internal border from another Member State is to be regulated by the SBC or by the RD. In its conclusions, the CJEU squares the circle by suggesting that the rules on refusal of entry set in the SBC shall apply together with the gradual system for EU returns established by the RD⁷.

2. *The EU legal context*

The question posed to the CJEU required it to clarify the interaction between the rules on entry refusal set in the SBC and RD's rules on returns of TCNs illegally staying in the EU⁸. The SBC governs the crossing of the EU's external borders and establishes that TCNs can enter the EU only if they fulfil the entry conditions set in Article 6 (1) SBC or fall within one of the derogation categories listed exhaustively in Article 6 (5) SBC. In all other cases, Article 14 SBC prescribes that TCNs shall be denied entry.

⁴ The Legal Associations and research centers that started the domestic proceeding include the following: Association Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE), Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), Association de recherche, de communication et d'action pour l'accès aux traitements (ARCAT), Comité inter-mouvements auprès des évacués (Cimade), Fédération des associations de solidarité avec tous les immigré.e.s (FASTI), Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI), Ligue des droits de l'homme (LDH), Le paria, Syndicat des avocats de France (SAF), SOS – Hépatites Fédération.

⁵ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, in the version resulting from amendment introduced by the Order No 2020-1733. Available online at: <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000042830070/>.

⁶ Throughout this commentary, the phrase «checks at internal borders» will be used as a shorthand for the situation examined by the CJEU in *ADDE and Others*. So, it will stand for «checks at an internal border where border control has been temporarily reinstated under Article 25 of the SBC».

⁷ See *ADDE and Others*, § 47.

⁸ See *Opinion of Advocate General Rantos on Case C-143/22 ADDE and Others*, delivered on 30 March 2023, ECLI:EU:C:2023:271, § 26.

Article 2 SBC distinguishes between the EU's external and internal borders. Concerning the latter, Article 22 SBC establishes that everyone, independently of nationality, may cross an internal border at any point without being subject to border checks. However, in exceptional situations, the SBC allows the temporary reintroduction of control at internal borders, for instance, when a Member State faces a serious threat to its public policy or security (Article 25 SBC). France's reintroduction of internal border control since 2015 has been based on these rules.

The SBC also includes a gap-filling provision: Article 32 SBC. This article establishes that the rules relating to external borders shall apply *mutatis mutandis* to situations where control at an internal border is reinstated. In *ADDE and Others*⁹, the CJEU was asked to clarify the meaning of Article 32 SBC and to specify what should be changed (if anything) when applying the rules on the entry refusal designed for external borders to internal ones.

Refusal of entry at the external borders is regulated by Article 14 SBC, which sets a strict obligation for Member States: border guards shall refuse entry to any TCN who arrives at the EU's external borders without satisfying the mandatory entry conditions. TCNs may appeal the entry refusal. However, based on Article 14 (3) SBC, the appeal cannot have a suspensive effect. The remedy is limited to compensation if their challenge succeeds. The strict obligation set by Article 14 SBC means that border control at the EU's external borders always presupposes a non-entry legal fiction. In other words, the authorisation of entry obtained at external borders, rather than crossing geographical borders, determines the precise moment when a TCN enters the Union's territory. TCNs are always considered as being outside the EU's territory before undergoing border control at the EU's external borders so that they can be prevented from entering if entry conditions are not met.

The amended *CESEDA* required that, when border control is restored, Article 14 SBC will apply to internal borders too¹⁰. As a consequence, TCNs arriving from Italy without meeting the conditions to enter France legally were to be considered as not yet present in French territory, independently from the fact that they found themselves at an authorised crossing point located in France. Thus, the forcible removal of these TCNs to Italy was framed under the amended *CESEDA* as a refusal of entry in the meaning of the SBC. The appealing associations contested this provision, arguing that the RD must apply to all TCNs illegally staying in the territory of a Member State, as required by

⁹ *ADDE and Others*, § 29.

¹⁰ *ADDE and Others*, § 19, 25-27.

Article 1 and Article 3 (2) RD, including those who have just arrived and have not (yet) undergone checks at an internal border.

3. *The answer provided by the CJEU*

The Court's conclusion in *ADDE and Others*¹¹ remains ambiguous about the interaction between the SBC and the RD. The CJEU holds that, when control is reintroduced at internal borders, a Member State must comply *mutatis mutandis* with Article 14 SBC and refuse entry to TCNs who do not meet the entry requirements. At the same time, it holds that all rules on returns established by the RD must apply to TCNs illegally staying in the French territory. Thus, the Court seems to consider that the application of SBC's rules on entry refusal and the application of the RD are not mutually exclusive. To reach this conclusion, the Court's legal reasoning unfolds in three steps.

Firstly, the Court clarifies under what circumstances TCNs may be considered illegally staying in a State that reinstates internal border control even before being checked at the border. This happens when a Member State reintroduces border control by setting up authorised crossing points within its territory. In these situations, TCNs who cross its geographical borders without meeting the entry conditions are already staying illegally on its territory before undergoing checks at the internal border crossing point. Therefore, the RD applies to them. The Court also clarifies how this rule applies when TCNs irregularly enter a Member State that reinstates border control by travelling on an international train from another Member State. In those cases, if the two bordering States do not agree on different rules, TCNs are considered to be staying irregularly (within the RD's scope) as soon as the train enters the first station in the territory of the State that reintroduces border control¹².

Secondly, the Court argues that the option, which Member States have under Article 2 (2) RD to derogate from the RD's harmonised return procedure and apply national rules to expel TCNs intercepted after an irregular crossing in the proximity of external borders, does not apply at internal borders where checks are reinstated¹³. In 2019, the Grand Chamber¹⁴ ruled that the derogation permitted under Article 2 (2) (a) RD must be interpreted restric-

¹¹ *ADDE and Others*, § 47.

¹² *ADDE and Others*, § 32-33.

¹³ *ADDE and Others*, § 33-41.

¹⁴ CJEU (Grand Chamber), judgment of 19 March 2019, *Préfet des Pyrénées-Orientales v Abdelaziz Arib and Others (Arib and Others)*, Case C 444/17, EU:C:2019:220, § 60-62, 67.

tively. In *ADDE and Others*¹⁵, the Court confirms these findings and clarifies that the RD must apply not only to TCNs intercepted in the proximity of an internal border but also to TCNs who arrive at an internal border's authorised crossing point (located within the State's territory) without meeting the entry conditions.

Thirdly, the CJEU holds that reintroducing checks at internal borders does not exempt a Member State from complying with the gradual system set by the RD¹⁶. This includes a window period for allowing returnees' voluntary departure as well as rules limiting returnees' detention¹⁷. The Court acknowledges that it is likely that decisions to refuse entry taken at internal borders will remain ineffective since they cannot prevent actual irregular entry. But it also concludes that this expediency argument cannot be invoked by Member States to escape their obligation to comply with the RD¹⁸.

In conclusion, *ADDE and Others* upholds previous case law where the Court has insisted on a robust difference between the EU's external and internal borders. In addition, it makes more evident that such difference cannot be effaced by a Member State's decision to reintroduce checks at its internal borders.

4. *Comment*

Two puzzling questions, however, remain after reading the last paragraph of *ADDE and Others*. Why does the CJEU hold on to the application of SCB's rules on entry refusal despite it acknowledges their ineffectiveness in cases where the TCNs are already within French territory? And why is the Court silent about the obligation to issue a return decision despite it holds that the RD applies?

The Court's conclusion, which establishes the concurring application of the SBC's rules on entry refusal and of the RD's gradual system to return TCNs irregularly staying in France, introduces the possibility of a Kafkaesque scenario. Namely, TCNs who arrive at an internal border's crossing point in France without a right to cross will find themselves in a contradictory legal position. On the one hand, they must be denied entry into that country under

¹⁵ *ADDE and Others*, § 34-37.

¹⁶ *ADDE and Others*, § 42-45.

¹⁷ See C. COSTELLO, *Immigration Detention*, in C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford (United Kingdom), Oxford University Press, 2016, pp. 279-314.

¹⁸ *ADDE and Others*, § 40.

the SBC. On the other hand, they must be returned following the RD's procedure, which will allow them to stay in France to prepare for their voluntary departure.

This case commentary will focus on two elements of this contradictory finding. First, I will examine how the Court could establish that a TCN may be irregularly staying in a Member State's territory even before having undergone checks at an internal border. Secondly, I will discuss what is problematic about the Court's conclusion that a decision refusing entry, rather than a return decision, is to be adopted when the TCNs' entry into the State's territory has already irregularly occurred.

5. *Since when is a TCN irregularly present?*

In *ADDE and Others*¹⁹, the CJEU rules that «a person may have entered the territory of a Member State even before crossing a border crossing point». The Court explains that this is the case when a Member State temporarily restores internal border control and places crossing points within its territory. In these cases, TCNs who arrive at the crossing point without meeting the entry conditions must be considered as illegally staying in that country before undergoing border checks.

So, for the CJEU, to determine whether TCNs are staying irregularly in a Member State, what counts is a factual element: the TCN's physical presence in the State's territory, independently of the length of the stay. To support this argument, the Court refers only to a single case: *Signing-on of seamen in the port of Rotterdam*²⁰. The Court's choice to rely on this earlier case is not so obvious. Unlike *ADDE and Others*, the seamen's case is not about determining the relevant moment when TCNs can be said to have irregularly entered a Member State's territory via an internal border. It is rather about the relevant moment when TCNs can be said to have effectively departed from the EU's territory by crossing an external border.

More specifically, in the seamen's case²¹, the CJEU was asked whether TCNs, who work as seamen in ships departing from the port of Rotterdam, should be considered as exiting the Schengen area when their ships leave the territory of the Union or, before their ships' departure, as soon as the seamen

¹⁹ *ADDE and Others*, § 31-33.

²⁰ CJEU, Judgment of 5 February 2020, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid v J. and Others* (hereinafter: *Signing-on of seamen in the port of Rotterdam*), Case C-341/18, ECLI:EU:C:2020:76. This precedent is reported in *ADDE and Others* § 32.

²¹ *Signing-on of seamen in the port of Rotterdam*, § 28.

sign in on their assigned ships. The CJEU established that seamen cannot be considered as having left the EU's territory until they have physically crossed the EU's external borders. Even though seamen are subjected to exit border checks and get an exit stamp when they report to sign in on their assigned ships, border checks and exit stamps are preparatory to their departure and do not prove whether and when the seamen leave the EU²². In the seamen's case, the Court explains that its reasoning aims at avoiding the circumvention of the EU rules imposing limits to the length of TCNs' short stays²³. In fact, if the exit control is conducted too far before the TCNs' actual departure from the EU's territory, the date reported in the exit stamp is inaccurate. This might result in covering up irregular overstays.

However, this reasoning about preventing irregular overstays is inappropriate to be applied analogically to *ADDE and others* because the irregular crossing of an internal border does not affect the counting of periods spent by TCNs within the Schengen area. By referring to the seamen's case, the CJEU implicitly suggests that a parallel can be established between its earlier interpretation of the SBC's rules on exit from the EU and the interpretation it was requested to provide in *ADDE and Others*. However, no effort is made in the ruling to account for this similarity between the two scenarios. So, the parallel remains difficult to grasp.

The Court concludes that, in cases where TCNs cross internal EU borders, the location of the authorised crossing points is a decisive criterion to establish whether a TCN is illegally staying in a country even before undergoing border checks. This conclusion introduces a notable distinction between entry checks conducted at external borders and those at an internal border. Regarding the former, a non-entry legal fiction generally applies to any TCN who does not meet the entry criteria. On the contrary, regarding the latter, if the entry checks are conducted at a crossing point located within the State's territory, no legal fiction applies to TCNs who do not satisfy the entry conditions. As a result, in these circumstances, the TCNs are considered illegally staying in the country conducting the checks²⁴.

6. *What about the obligation to issue a return decision?*

Still, the CJEU determines that, in such cases, a decision refusing entry (like the one required at the EU's external borders under Article 14 SCB) may

²² *Signing-on of seamen in the port of Rotterdam*, § 53.

²³ *Signing-on of seamen in the port of Rotterdam*, § 56-64.

²⁴ *ADDE and Others*, § 32.

be adopted concurrently with the application of the RD, which is triggered by the irregular stay of those TCNs who arrive at the crossing point without satisfying the entry conditions. However, we might ask whether, in such cases, the decision to refuse entry taken at an internal border is comparable to decisions to refuse entry at the EU's external borders under Article 14 SBC.

Prima facie, decisions taken at an internal border (when the authorised crossing point is within the State's territory) appear inadequate to prevent TCNs' territorial entry. Practically, these decisions can, in fact, only establish retroactively that an entry (which has already taken place) was irregular. Therefore, these decisions appear more similar in their content and effects to return decisions and to decisions that establish the illegal stay of a TCN in the territory of a Member State, as regulated by Article 6 RD. This issue, however, is not discussed in *ADDE and Others*, where the Court never mentions Article 6 RD in its reasoning.

The CJEU does not explicitly address whether a Member State must issue a return decision when it stops at an internal border crossing point located within its territory, a TCN who intends to cross irregularly. However, the obligation to issue a return decision can be logically inferred from the CJEU's conclusion that the RD applies. In *Affum*²⁵, the CJEU ruled that issuing a return decision represents an inevitable first step when the RD applies. Under Article 6 (1) RD, Member States must issue a return decision to any TCN illegally staying in their territory, except for the exceptions listed from Article 6 (2) to Article 6 (5) RD. Accordingly, it can be argued that Member States are generally obliged under Article 6 RD to issue a return decision also when they stop an irregular staying TCN at an internal border where they temporarily restore checks. In such cases, the only exceptions to issue a return decision should be those listed exhaustively from Article 6(2) RD to Article 6(5) RD.

For instance, Article 6 (2) RD suggests that a Member State may be exempted from issuing a return decision to a TCN with a right (or an authorisation) to reside in another Member State²⁶. When interpreting this exception in its earlier case law²⁷, the CJEU clarified that the RD does not apply to cover the forcible transfer of TCNs from the Member State where they are irregular-

²⁵ CJEU (Grand Chamber), Judgment of 7 June 2016, *Affum*, Case C 47/15, ECLI:EU:C:2016:408, § 79.

²⁶ A return decision is to be issued also in those exceptional cases where there are reasons of public policy or national security that require the TCN's immediate departure. In such cases, see art 6 (1) and 6 (2) RD.

²⁷ CJEU, Judgment of 24 February 2021, *Mand Others*, Case C-673/19, ECLI:EU:C:2021:127, § 45.

ly staying to another Member State where they can reside²⁸. In these cases, the CJEU also indicated that the RD's rules on detention do not apply. Therefore, the Member State where a TCN is irregularly staying may still resort to national laws permitting administrative detention to prepare and execute the TCN's transfer to the Member State where he/she can stay²⁹.

M and Others seems to suggest that the RD could not apply to TCNs stopped at an internal border who, while lacking the conditions to remain in the Member State conducting the checks, can stay in another Member State. In such cases, the TCNs could potentially be detained to arrange a forcible intra-EU transfer if permitted by domestic legislation.

By not addressing Article 6 RD in *ADDE and Others*, the Court fails to clarify how to apply (or derogate from) the obligation to issue a return decision specifying the country of return to TCNs who arrive at an internal border's crossing point without a right to cross³⁰. This omission will generate an array of practical questions, such as: where shall TCNs go back to when they are refused entry at a border crossing point on French territory?

The CJEU's indication that SBC's rules on entry refusal must apply *mutatis mutandis* seems to suggest that the TCNs are expected to invert their route and return to Italy. On the other hand, the Court's conclusion that the RD must apply indicates that they should go back (voluntarily or forcibly) to a third country, based on the definition of return provided in Article 3 (3) RD. These reflections suggest that it may not be easy to reconcile in practice the two scenarios that the CJEU joins together in its conclusions, namely, refusing entry to TCNs at an internal border and starting procedures to remove them from the EU.

7. Conclusions

In *ADDE and Others*, the Court establishes that, when reintroducing checks at its internal borders, a Member State cannot escape its obligation to apply the RD to TCNs who arrive irregularly to its territory coming directly from another Member State. However, there is still a long way to go to clarify

²⁸ See M. MORARU, *EU Return Directive: a cause for shame or an unexpectedly protective framework?*, in E. TSOURDI, P. DE BRUYCKER (a cura di), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Cheltenham (United Kingdom) and Northampton (Massachusetts), Edward Elgar Publishing Limited, 2022, pp. 435-454, 441.

²⁹ *M and Others* § 46.

³⁰ *M and Others* § 46.

the difference (if any) between the obligation to adopt a decision refusing entry at an internal border and the obligation to issue a return decision.

The lack of clarity on this point has significant practical consequences. The CJEU had previously determined that a Member State shall not issue a return decision nor apply the RD if the TCN in question can legally reside in another Member State. The reasoning developed in *ADDE and Others* implicitly assumes that anyone who does not have a right to enter France also lacks the right to remain elsewhere in the EU. Regrettably, the ruling does not address how EU law applies to situations when the TCNs, who attempt to cross the French-Italian border irregularly, have a right to stay in Italy (or in another Member State). In such cases, one may wonder if France could retain the ability to act outside the framework of the RD and resort to national rules on administrative detention to prepare intra-EU forcible transfers (as ruled in *M and Others*³¹) or to verify the TCNs' identity (as ruled in *Achughbabian*³²).

Besides the missing reference to Article 6 RD and to the obligation to issue a return decision, there is another notable omission in *ADDE and Others*. The judgment does not mention secondary movements, even though the case's background makes it evident that the question referred to the CJEU had been generated from the often-abused practice of reintroducing internal border control adopted by some Member States to contrast secondary movements. In a recent ruling³³, the CJEU openly condemned the prolonged reintroduction of checks at internal borders, beyond the strict limits set by the SBC, as contrary to EU law.

In *ADDE and Others*, the Court abstains from incidentally assessing the legality of the border checks reintroduced since 2015 at the French-Italian border. Still, the Court's conclusions make clear that reintroducing border control does not render compatible with EU law the practice of informal rejections and forcible removals of TCNs who arrive at an internal border's crossing point without meeting the entry conditions.

An optimist reading of *ADDE and Others* reveals its positive effects in constraining Member States' use of coercive and informal practices used to stop TCNs caught while irregularly crossing internal borders. However, upon closer analysis, one must also consider that the Court relies on the applicabil-

³¹ *M and Others* § 46.

³² CJEU (Grand Chamber), Judgment of 6 December 2011, *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Case C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807, § 31.

³³ CJEU (Grand Chamber), Judgment of 26 April 2022, *NW v Landespolizeidirektion Steiermark*, Case C-368/20, ECLI:EU:C:2022:298, § 57-69.

ity of the RD to invoke the protective scope of EU law and restrict the use of arbitrary detention and informal rejections at the EU's internal borders. Uncertainty remains, however, regarding the RD's ability to ensure proper protection for TCNs, especially for those who move from one Member State to another, as it does not address detention procedures or rules for determining the legality of their stay or forcible transfers within the EU.

IL SOCCORSO IN MARE
TRA ESIGENZE UMANITARIE E DI POLIZIA

WHAT ROLE FOR THE CONVENTION AGAINST ENFORCED DISAPPEARANCE IN TIMES OF MIGRANT SHIPWRECKS IN EUROPE?

Carmelo Danisi*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Setting the stage for a comparison: a brief overview of international obligations protecting migrants in times of shipwrecks. – 3. The first CED General Comment: definitory problems and potential relevance in the context of migrants' journeys at sea. – 4. Final remarks.

1. *Introduction*

During its 25th session held in September 2023, the Committee on Enforced Disappearances (CED) released its very first General Comment (GC) that, perhaps surprisingly in light of the history of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (ICED)¹, is focused on migration². According to the Committee's intention, as expressed in the GC (para. 10), it will assist States parties in implementing relevant obligations to prevent and respond to enforced disappearances regardless of the nationality, origin or migratory status of the – potential – victims.

The GC follows a first draft, which was released in March 2023³, and the 2017 report by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) that had already identified a direct link between enforced disappearances and migration⁴. The WGEID's 2017 report was addressed to the

* Senior Researcher and Assistant Professor of International Law – Department of Social and Political Sciences, University of Bologna.

¹ The ICED was adopted on 20 December 2006 during the sixty-first session of the General Assembly by resolution A/RES/61/177, UN Treaty Series, vol. 2716, p. 3. See L. OTT, *Enforced Disappearance in International Law*, Cambridge, 2011; T. SCOVAZZI, G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden-Boston, 2007.

² CED, General Comment No. 1 (2023) on Enforced Disappearance in the Context of Migration, Twenty-fifth session (11-29 September 2023), UN doc. CED/C/GC/1. The process of its adoption can be consulted at www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ced/general-comment-no-1-enforced-disappearances-context-migration.

³ The original blog post, on which this chapter is based, analysed that draft. The provisional CED's General Comment can be consulted at www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/ced/comments/GeneralComment1-Draft1.docx.

⁴ The report and the WGEID's activity can be consulted at www.ohchr.org/en/documents/

United Nations' Human Rights Council and placed a strong focus on migrants' journeys. The report pointed to 'the increasingly rigid migratory policies of States focused on deterrence' (e.g. para. 36) as a factor exposing migrants to a higher risk of becoming victims of enforced disappearances. It also blamed both the international community for not devoting the necessary attention to this specific issue and States for 'transfer[ing] the blame elsewhere' (para. 81).

This chapter aims to briefly analyse the CED's General Comment by questioning what role – if any – the ICED can specifically play in times of migrant shipwrecks, thus complementing the obligations already emerged from other human rights treaties and areas of international law⁵. To fully understand the potential impact of the CED's interpretative activity, this chapter starts with a brief overview of these 'other' obligations in light of the 2023 shipwrecks involving Italy and Greece (section II). It then analyses the GC by highlighting some key definitory problems, especially with regard to the existing difference between the concepts of enforced disappearance and disappeared/missing migrant, and how the CED connects enforced disappearance with migrants' journeys, especially when they risk their lives at sea (section III). While answering its main question, the chapter ends with some remarks on the gaps left open in the CED's General Comment in the context of migration (section IV).

2. *Setting the stage for a comparison: a brief overview of international obligations protecting migrants in times of shipwrecks*

The need to clarify the potential contribution – if any – of the ICED in the context of migrants' journeys at sea lies in the dramatic events that continue to occur in Italy and Greece. Only with reference to 2023, while Italy has still to ascertain what happened to the migrants who disappeared as a result of the Cutro shipwreck⁶, a separate event occurred in June near Pylos⁷, in Greece, added more than 500 people to the sad count of missing persons in the Mediterranean Sea⁸. Irrespective of their specific circumstances, the dynamic of

reports/ahrc3639-2017-report-working-group-enforced-or-involuntary-disappearances.

⁵ On this topic, V. AZAROVA, A.D. BROWN, I. MANN, *The Enforced Disappearance of Migrants*, in *Boston University International Law Journal*, 2022, pp. 133-204; B. DUHAIME, A. THIBAUT, *Protection of Migrants from Enforced Disappearance: A Human Rights Perspective*, in *International Review of the Red Cross*, 2017, pp. 569-587.

⁶ A. PAPACHRISTODOULOU, *The Crotona Migrant Shipwreck: A Cat-and-Mouse Blame Game and the Role of Technologies at External Borders*, in *EJIL:Talk!*, 12 April 2023.

⁷ I. MANN, N. KEADY-TABBAL, *On the Pylos Shipwreck*, in *Verfassungsblog*, 12 June 2023.

⁸ See data provided by the Missing Migrants Project of the International Organisation for Migration at <https://missingmigrants.iom.int>.

these events is not new: a series of omissions, leading to delays in the assistance to be provided to people risking their lives, and actions based on disputable choices, i.e. choices that hardly have at their bases an assessment aimed to minimise risks for migrants' lives⁹. But what is also increasingly clear is the range of international obligations that apply in these scenarios, at least in connection with the law of the sea and certain human rights treaties, especially the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the European Convention on Human Rights (ECHR).

A few preliminary points on these obligations may serve as a comparison for the purpose of verifying whether the evolution now supported by the CED adds something new to this range of obligations (*if* the conditions required by the definition of enforced disappearance are met: see section III, below). Despite the existence of maritime legal black holes¹⁰, according to the law of the sea, there is no doubt that people in distress at sea should always be searched and rescued and brought to a place of safety¹¹ (where 'safety' must be interpreted in light of the rescued person's specific needs according to a human rights-based reading of the relevant provisions of the law of the sea)¹². Most importantly, as already shown elsewhere with reference to the Cutro shipwreck¹³, in a situation of distress at sea, relevant States cannot – consciously or otherwise – treat a search and rescue operation as a police intervention for the purpose of migration and border control. Given the history of shipwrecks taking place in the Mediterranean Sea, once Italy or Greece is informed of the presence of an undefinable boat at sea, either by Frontex, non-State entities or an individual, the relevant State is reasonably expected to predict a certain risk to life for the migrants concerned. Further, both the Human Rights

⁹ The last example of this pattern can be seen in ECtHR, judgment of 16 January 2024, *Alkhatib and Others v. Greece*, no. 3566/16, para. 133-142, in relation to the use of force during border operations at sea.

¹⁰ On this concept and the inherent limits of international law, I. MANN, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2018, pp. 347-372.

¹¹ *Ex multis*, M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 5-48.

¹² C. DANISI, *La nozione di "place of safety" e l'applicazione di garanzie procedurali a tutela dell'individuo soccorso in mare*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 395-440.

¹³ F. DE VITTOR, *Controllo dell'immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni polizia*, in *ADiM Blog*, April 2023.

Committee (HRC) and, despite criticism¹⁴, the European Court of Human Rights (ECtHR) have increasingly interpreted the right to life, as provided for respectively in Art. 6 ICCPR and Art. 2 ECHR, in a way that leaves little discretion to relevant States parties on how life at sea should be protected. Suffice here to recall that, according to the HRC, the right to life and the connected due diligence obligations under Art. 6 ICCPR apply in situations of distress at sea even where such an event occurs outside the territorial jurisdiction of the State party in question¹⁵. While physical contact or control over the individuals concerned is not a requirement under the ICCPR to this end, the right to life under Art. 6 applies where the specific facts of the case give rise to a «relationship of special dependency» between States parties and people in distress at sea¹⁶. Relevant factors for the emergence of such a relationship can certainly include the State's *knowledge* of the situation of distress at sea and the *capacity* to act to prevent loss of life. Although the ECtHR has not gone so far as to state the extraterritorial application of the ECHR in the absence of physical contact *and* control over the individuals concerned yet¹⁷, in situations falling within the relevant State's jurisdiction it has made it clear what the protection of the right to life – under both the substantive and the procedural standpoints – entails. In its latest case-law dealing with cases of people drowned at sea or at the border¹⁸, the ECtHR remarked the following points. First, under its substantive limb, Art. 2 ECHR requires the provision of air-sea rescue facilities to assist those in distress as well as the setting up of an appropriate regulatory framework to ensure the correct and speedily functioning of such operations¹⁹. In the case of a chain of events triggered by a negligent act on the part of the State and which led to the loss of life, the State party is also required to have taken preventive measures if its authorities

¹⁴ I. MANN, *A Lost Opportunity for Border Justice at the European Court of Human Rights*, in *EJIL:Talk!*, 3 February 2022.

¹⁵ See HRC, View adopted on 4 November 2020, *A.S. and Others v. Italy*, UN doc. CCPR/C/130/D/3042/2017.

¹⁶ *Ibid.*, para. 7.8. For a brief, yet expert, analysis see M. MILANOVIC, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *EJIL:Talk!*, 16 March 2021.

¹⁷ See the combination of the following key cases: ECtHR (Grand Chamber), judgment of 23 February 2012, *Hirsi Jamaa et. al. v. Italy*, no. 27765/09; ECtHR (Grand Chamber), decision on admissibility of 5 May 2020, *M.N. v. Belgium*, no. 3599/18.

¹⁸ ECtHR, judgment of 7 July 2022, *Safi and Others v. Greece*, no. 5418/15; ECtHR, judgment of 2 February 2023, *Albowski v. Hungary*, no. 59435/17.

¹⁹ ECtHR, *Albowski v. Hungary*, *supra*, para. 118; 136-138.

knew or ought to have known about a risk to life²⁰. This is a key feature of the recent shipwrecks taking place in the Mediterranean Sea, which incidentally do not put into question only such positive obligations but also negative duties under Art. 2 ECHR – i.e. if such shipwrecks are proven to be ‘forced’. Second, under the procedural standpoint, Art. 2 ECHR imposes a duty to carry out an investigation into any alleged failure on the part of the authorities to adopt appropriate measures to protect people in danger, both in connection with individual errors and the overall management of the search and rescue system²¹. Hence, States parties must give proof of having deployed all reasonable efforts to gather the evidence and to establish the facts, including by collecting survivors’ testimonies in good faith. Interestingly, given the evolution of the procedural limb under the right to life as a separate set of obligations to its substantive standpoint, the duty to investigate may apply even in the absence of a spatial or personal jurisdiction over the people who lost their life if certain – not abstractly defined – ‘special features’ emerge from the circumstances of the case²². In other words, procedural obligations apply when the authorities, despite fully realizing the likely consequences of their inaction beyond their territory and disregarding the powers vested in them, have failed to take measures that were necessary and sufficient to save lives. This evolution may indeed be crucial for migrants in a time of «dehumanizing border governance tactics»²³. Third, it is worth mentioning that in the recent case of *Alhowais v. Hungary*, the ECtHR also pointed out that «it cannot be accepted [...] that any negligence or lack of foresight should be attributed to the victims»²⁴, while making clear that – in principle – the planning and conduct of rescue operations may be subjected to heightened scrutiny by the Court itself.

3. *The first CED General Comment: definitory problems and potential relevance in the context of migrants’ journeys at sea*

Despite such an evolution, which overall requires relevant States to avoid any negligence in their choice of action in (known or presumed) situations

²⁰ Ibid., para. 112-115; 127-129.

²¹ ECtHR, *Safi and Others v. Greece*, *supra*, esp. para. 116-118; 122-127.

²² See ECtHR (Grand Chamber), judgment of 14 September 2022, *H.F. et. al. v. France*, nos. 24384/19 and 44234/20.

²³ Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Felipe González Morales, Human Rights Violations at International Borders: Trends, Prevention and Accountability, 26 April 2022, UN doc. A/HRC/50/31, para. 24.

²⁴ ECtHR, *Alhowais v. Hungary*, *supra*, para. 125.

of distress at sea, the reiteration of chains of omissions and actions leading to – avoidable – deaths as well as disappearances risks jeopardizing the effectiveness of the international law systems briefly recalled above when migrants are involved. In this context, after a wide consultation process, the first GC aims to clarify the specific international obligations that States parties have undertaken, regardless of the origin or migratory status of the victims, by ratifying the ICED. Whether or not it will eventually contribute to reinstalling humanity at sea in the Mediterranean area, it is worth noting that Italy and Greece – the two European coastal States involved in the shipwrecks recalled above – both ratified the Convention in 2015²⁵.

The GC addresses a preliminary definitory problem. In fact, the main difficulty for building a significant role for the ICED in the context of migration lies in the key distinction between a ‘victim of disappearance’, as defined by the Convention itself, and a missing/disappeared migrant. It is reminded that, according to Art. 2 ICED, an ‘enforced disappearance’ is considered to be «the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty [1] by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State [2], followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person [3], which place such a person outside the protection of the law [4]». According to Art. 3 of the same Convention, an enforced disappearance can also be carried out by non-State actors even if these have acted without the authorization, support or *acquiescence* of a State party, something that raise obligations by the same State party in terms of investigation and prosecution. While the GC does not reiterate the definition of missing migrant in the same terms as those provided in the previous draft, it still refers to the International Committee of the Red Cross’ and the IOM’s activities from which it can be stated that a missing migrant is a person whose whereabouts are unknown to their relatives and/or who, on the basis of reliable information, have been reported missing to the State authorities. Examples are migrants who have died «as result of transportation accidents, *shipwrecks* or violent attacks or owing to medical complications during their journeys» (para. 4). Hence, a missing migrant can be, at the same time, a victim of enforced disappearance *only when the four* requirements of the above

²⁵ In the Mediterranean area, whereas Malta ratified the Convention in 2015 and Tunisia in 2011, Turkey or Libya have not joined it yet. See status of ratifications, as of 14 February 2024, at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_en.

definition are satisfied, thus when a crime is committed against the migrant according to the ICED. As it was argued elsewhere by showing the satisfaction of all these elements, this can be the case of «Greece's covert, established and longstanding practice of collective summary expulsions of individuals from the Evros region and from Greek islands in the Aegean Sea»²⁶.

Although the CED does not fully grasp such definitory ambiguities at the very end, some States' practices and migration policies may well have a role in the overlap of these two distinct notions. The GC mentions factors like immigration detention, pushbacks and chain-pushbacks on land or at sea, collusion between State authorities and human traffickers and a «*systematic failure to search and rescue*» directly contributes to the enforced disappearance of migrants (para. 6), similarly to discrimination in countries of origin, in migratory policies and during the migration process (para. 8). Other factors, such as the criminalization of migrants and those who assist them, may *indirectly* lead to the same result. In this sense, the CED seems to echo, even if in a less pronounced way, what the WGEID had already stated in the previously mentioned 2017 report: «there is little doubt that should a person disappear as a consequence of being smuggled or trafficked, the participation – either direct or indirect – of State officials in these criminal activities renders [it] an enforced disappearance for which the State is internationally responsible» (para. 43). Indeed, for the WGEID, while the variety of States' practices that prevent migrants from approaching their coast or disembarking and causes migrants to be abandoned by smugglers off their coast does not fall *per se* within the notion of 'enforced disappearance', such practices are «tantamount to» enforced disappearances if they make the finding or the identification of missing migrants very difficult (para. 44).

In light of the inherent preventive nature of the ICED, the GC then enlists measures that States should adopt to prevent and react to enforced disappearances in the context of migration, some of which specifically refer to migrants in transit at sea. Four types of preventive mechanisms are indicated. First, the CED emphasizes the prohibition of the 'secret detention' of migrants, which extends to the deprivation of liberty by non-State actors acting with the support, authorization or *acquiescence* of the State party (para. 16-22). It essentially requires that, in case of detention on the basis of their migratory status, migrants must always be able to communicate with relevant external subjects, including relatives and the UNHCR, about their whereabouts and

²⁶ V. AZAROVA, A.D. BROWN, I. MANN, *supra*, pp. 167-175.

be granted legal safeguards under Art. 17 ICED²⁷. Second, it recalls the obligation of States of origin, destination, transit and return of migrants to collect data on missing and disappeared migrants, also in the forms of standardised, interconnected and interoperable nationwide databases that include evidence for identifying whether an enforced disappearance has occurred, as well as to record data on the handling of people in the context of irregular border crossings (para. 23-25). In this respect, according to the CED, States parties are required to use data to carry out «*contextual*» analyses to identify the «*structural failures*» behind cases of enforced disappearances, for example in relation to trafficking (para. 26). Third, to avoid enforced disappearances, the CED insists on the adoption of policies aiming to foster regular, safe and orderly migration and the consequential need to stop any criminalization of migrants or people who assist them, including those involved in search and rescue operations (para. 27-30). Alongside such indications, the CED highlights the obligation to «end, investigate and punish practices of collective expulsions and pushbacks at borders or *failure to act diligently to rescue migrants who are at sea*» (para. 27)²⁸. Fourth, by relying on Art. 16(1) of the Convention, the CED reiterates the principle of *non-refoulement* in connection with the specific risk of exposing a person to enforced disappearances, which applies both when the State party exercises effective control over such a person and when it externalizes migration management to third countries (para. 31-36). It does so fully in line with ECHR standards, as references to the ECtHR's relevant case law well show. While the obligation to carry out individual assessments irrespective of any “safe” countries list is also pointed out, it is significant what the CED emphasizes in connection with pushbacks and other collective expulsions. When pushbacks involve «the deprivation of liberty of migrants and the concealment of their fate or whereabouts», they amount to enforced disappearances (para. 35). Yet, even when they do not include any deprivation of liberty, pushbacks and collective expulsions contribute to the risk of exposing individuals to such disappearances because they remove migrants from the protection of the law. Hence, the CED urges States parties to refrain, in particular, from indirect pushbacks that «*result from a deliberate failure to search and rescue at sea or on land*» ((para. 36, emphasis added).

²⁷ Under the ECHR, similar obligations arise under Art. 5 that covers and prohibits also forms of *de facto* detention in the context of migration: see ECtHR, judgment of 17 October 2023, *A.D. v. Malta*, no. 12427/22.

²⁸ Emphasis added. Interestingly, the final version does not refer anymore to ‘intentional’ failure, as it was in the draft version, thus apparently expanding the scope of this obligation.

As expected, the GC focuses also on procedural obligations, especially to search and investigate on actual or presumed cases of enforced disappearance (section IV). More specifically, it recognizes that, with disappearances often unreported in the context of migration, States parties should initiate search and investigation autonomously as soon as they become aware of a potential case of disappearance, even if this occurred outside their territory (para. 40, but see the terms established by Art. 9 ICED). Among many other aspects, we may recall here that such investigations should address allegations of deaths along migratory routes and should continue until the whereabouts of the disappeared people are known, including by identifying and returning any remains that are found. For the CED, appropriate attention needs to be paid to the relatives of disappeared migrants. Indeed, they should be able to access information during the entire investigation process (para. 42), to get the necessary psychosocial and logistical support, and they «should be provided with effective and quick access to humanitarian visas and temporary residence permits» to facilitate the investigation (para. 46)²⁹. Finally, in addition to training and cooperation (section VI), States parties have the obligation to provide victims with reparation, which is meant broadly to include also rehabilitation, prompt and adequate compensation, as well as guarantees of non-repetition (section V). The latter may certainly be connected with the recommendation that concludes the GC: States parties are invited to accept the CED's competence to receive individual and inter-State complaints, as established in Art. 31 and Art. 32 ICED. In this respect, it is worth noting that neither Italy nor Greece accepted such a competence³⁰, thus preventing the CED from considering cases of alleged enforced disappearance in the context of migration. While inter-State complaints of systemic violation of the right to life under the other human rights treaties mentioned above are unlikely unless collective interests prevail, there is no reason why any other State party to the ICED could not raise a complaint before the CED against a State party that systematically fails to fulfil its obligations in the context of migration, should the CED have the competence to receive such a complaint. An individual or inter-State complaint would serve as test for the CED to clarify the first GC's content, including whether a systematic failure to search and rescue at sea may also amount *per se* to a violation of the ICED given the various elements in this respect emerging from it.

²⁹ The previous draft contained stronger terms in relation to this range of victims' rights by using the wording «must provide».

³⁰ See status of ratifications and declaration attached, *supra*.

4. *Final remarks*

There is no doubt that our initial question can be answered in the affirmative: there is a role for the ICED in the context of migration, even when migrants travel at sea. The CED's decision to dedicate its first GC to enforced disappearances concerning migrants is *per se* welcome and timely. It has at least the merit of bringing the focus onto the risk of exposing migrants to enforced disappearances as a result of contracting States' migratory policies. It highlights the specific obligations binding these States by adopting a victim-oriented approach, especially in terms of requiring reparations to be sensitive to their needs and the rights to which families are entitled³¹. Most importantly for the scope of this chapter and in light of the shipwrecks that continue to occur in the Mediterranean Sea, the CED identifies a «systematic failure to search and rescue» as a factor *directly* contributing to migrants' enforced disappearance. Although it does not really add any ground-breaking obligation to save migrants' life during their journeys across the sea, it suggests an interpretation of the ICED which States cannot deny anymore. States may indeed be accountable for migration-related circumstances under the ICED. As such, the GC complements other international obligations here briefly recalled: all require contracting States to plan and carry out *effective* search and rescue operations as a key preventive measure. Yet, going perhaps beyond what the other human rights treaties require, it strengthens the *procedural obligations to investigate and prosecute* because it asks contracting States to verify the circumstances of the deadly shipwrecks for – at least – excluding cases of enforced disappearance, even when these might have occurred outside their territory, and for the identification of human remains.

Of course, owing to the ICED's historical scope and nature, ambiguities remain. A better drafted General Comment was indeed possible. To name a few examples, the definitory problems could have been addressed more specifically to clarify when the four conditions mentioned above are satisfied, including in the context of border (violent) operations at land and at sea. The CED could have expanded on the question of attribution of conduct leading to enforced disappearances of migrants during their journeys and on the role of 'acquiescence' when these disappearances are the result of the conduct of non-State actors, like smugglers and traffickers. It could have elaborated more on the nature of preventive measures – even at sea – that States parties must

³¹ On the rights of families, S. LODI, *The Mediterranean Sea and the Right to Know About the Fate of Missing Relatives: Access to Justice for Families of Missing Migrants*, SOAS Law Journal, 2016, p. 103.

adopt to exclude such an acquiescence. It could have also addressed the issue of complicity (Art. 16 of the Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts) in enforced disappearances, especially in light of renewed cooperation between countries in the externalisation of migration policies³².

In brief, while there was room for improvement, the CED's first GC certainly lays the groundwork for a less fragmented implementation of the applicable international law framework – the ICCPR/ECHR and the law of the sea included – to protect migrants in transit on land and at sea. It is perhaps another drop in the bucket, yet a promising one.

³² See the talks between Tunisia and some European States despite the strong evidence available against the latter wrongful practices as reported by media: e.g. www.aljazeera.com/news/2023/7/11/ngos-lose-contact-with-tunisian-migrant-group-bodies-found.

CONTROLLO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE
O SOCCORSO A NAUFRAGHI?
SULLA COMPATIBILITÀ CON GLI OBBLIGHI
IN MATERIA DI SOCCORSO DELLA CLASSIFICAZIONE
DI EVENTI SAR COME OPERAZIONI DI POLIZIA

Francesca De Vittor*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il naufragio di Cutro. – 2. L'erronea classificazione di eventi SAR come operazioni di *law enforcement*. – 3. Le tre fasi di emergenza che caratterizzano un evento SAR. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione: il naufragio di Cutro*

Nella notte tra il 25 e il 26 febbraio 2023 più di 90 persone, tra cui moltissimi bambini, sono annegate a poche centinaia di metri dalla costa italiana, quando il caicco sovraccarico, con il quale avevano attraversato tutto il Mediterraneo orientale partendo dalla Turchia, si è infranto su una secca. Diversamente dai molti naufragi che lo hanno preceduto e seguito, quello di Steccato di Cutro ha scosso, benché solo per qualche giorno, l'opinione pubblica italiana ed europea, probabilmente perché le fotografie dei cadaveri sulla spiaggia hanno un impatto più immediato dei numeri di quelli abbandonati in fondo al mare. La seconda ragione del forte impatto mediatico del naufragio di Cutro è che è apparso subito evidente, più che in tanti altri casi, che la tragedia poteva essere evitata. Dai comunicati delle autorità coinvolte (Frontex¹, Guardia Costiera² e Guardia di Finanza³) appare, infatti, che le autorità italiane fossero

* Ricercatrice in diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Frontex, *Statement following tragic shipwreck off Crotona* del 1° marzo 2023, consultabile all'indirizzo <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-statement-following-tragic-shipwreck-off-crotona-gKRXcg>.

² Guardia Costiera, *Naufragio al largo di Crotona*, comunicato stampa del 28 febbraio 2023, consultabile all'indirizzo <https://www.guardiacostiera.gov.it/stampa/Pages/COMUNICATO-STAMPA-28.02.2023---Naufragio-al-largo-di-Crotona.aspx>.

³ Guardia di Finanza, *Naufragio lungo la costa di Crotona. La Guardia di Finanza con le altre amministrazioni nelle operazioni di ricerca e salvataggio e assistenza ai superstiti*, comunicato stampa del 27 febbraio 2023, consultabile all'indirizzo <https://www.gdf.gov.it/it/gdf-comunica/notizie-ed-eventi/comunicati-stampa/anno-2023/febbraio/naufragio-lungo-la-costa-di-crotona>.

a conoscenza della presenza di un'imbarcazione, sovraccarica di persone e diretta verso le coste italiane, molte ore prima del disastro; un lasso di tempo che avrebbe tranquillamente permesso ai mezzi di soccorso della Guardia Costiera italiana di raggiungere il caicco in pericolo e scortarlo verso la costa in sicurezza.

Starà alla magistratura, a tal fine sollecitata anche dalla società civile⁴, accertare, in questo specifico caso, quali siano le responsabilità delle autorità italiane che, qualificando una situazione di pericolo in mare come evento di immigrazione clandestina da affidarsi alla Guardia di Finanza per una operazione di polizia e non ad organi e mezzi equipaggiati per il soccorso come sono invece quelli della Guardia Costiera, hanno lasciato che si determinassero le condizioni dell'incidente⁵. Quel che interessa, invece, sottolineare è come il naufragio di Cutro non sia un evento isolato, ma corrisponda ad uno schema, sempre più istituzionalizzato, volto ad eludere gli obblighi di soccorso attraverso l'erronea qualificazione della situazione in cui versano le imbarcazioni. Già nei giorni immediatamente successivi al naufragio, infatti, altri gravi casi di mancato soccorso sono stati comunicati dalle ONG che monitorano il Mediterraneo⁶. Tale tendenza, va indicato già in premessa, si pone in contrasto con una precisa e dettagliata disciplina nazionale ed internazionale dei soccorsi in mare, la quale indica chiaramente quando una situazione debba considerarsi di incertezza, allerta o pericolo, indipendentemente dallo status delle persone a bordo e dalle ragioni del viaggio.

2. *L'erronea classificazione di eventi SAR come operazioni di law enforcement*

Per quanto riguarda l'Italia, la classificazione di eventi di *search and rescue* (SAR) che coinvolgono imbarcazioni di migranti come operazioni di *law enforcement* invece che di soccorso di naufraghi è stata dettagliatamente docu-

⁴ Si veda l'esposto, presentato alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Crotone il 9 marzo 2023 da una quarantina di associazioni italiane ed europee, consultabile all'indirizzo <https://www.asgi.it/notizie/naufragio-cutro-associazioni-depositano-esposto-collettivo-in-procura/>.

⁵ Al momento in cui si aggiorna questo scritto (gennaio 2024), è in corso il procedimento intentato contro i presunti 'scafisti', mentre sono ancora in corso le indagini preliminari relative alle responsabilità per il ritardo nei soccorsi.

⁶ Si veda, per esempio, il comunicato comune di Alarm Phone, Mediterranea Saving Humans e Sea-Watch, *Retards mortels: 30 vies perdues à cause de la non-assistance européenne*, del 13 marzo 2023, consultabile all'indirizzo https://alarmphone.org/fr/2023/03/13/retards-mortels-30-vies-perdues-a-cause-de-la-non-assistance-europeenne/?post_type_release_type=post.

mentata sin dal 2019⁷. Lungi dal limitarsi ad una scelta mediatica, la diversa classificazione ha effetti importanti sulla catena di gestione e comando delle operazioni di soccorso. Il semplice fatto che le persone a bordo dell'imbarcazione in difficoltà siano migranti sembra infatti giustificare una valutazione della soglia di gravità del rischio molto più elevata che per qualsiasi altra imbarcazione. Questa considerazione fattuale trova conferma normativa nell'art. 6 del DM del 14 luglio 2003⁸, *Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, che richiama il coordinamento dell'MRCC e l'adozione di interventi di soccorso nel solo caso in cui «sussistano gravi condizioni ai fini della salvaguardia della vita umana in mare».

La vicenda di Cutro offre un esempio degli effetti di questa diversa qualificazione. In seguito all'avvistamento da parte dell'aereo di Frontex, l'Agenzia europea ha informato l'International Coordination Center dell'operazione Themis (ICC) e conseguentemente il Centro Nazionale di Coordinamento di Roma (NCC), come previsto dagli articoli 19 e 20 del Regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 relativo ai quadri situazionali del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere⁹. Il NCC, però, è istituito presso il Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno con compiti di coordinamento degli interventi operativi di contrasto all'immigrazione irregolare, e non ha nessuna attribuzione per la gestione delle operazioni di ricerca e soccorso in mare che restano competenza esclusiva della Guardia costiera.

Benché Frontex debba comunicare alle autorità nazionali tutte le informazioni di cui ha conoscenza, anche con riferimento ad elementi utili per determinare le condizioni di navigazione del mezzo avvistato, la classificazione di un evento come operazione di *search and rescue* e il coordinamento delle operazioni di soccorso e assistenza resta competenza esclusiva delle autorità nazionali¹⁰. E ciò in particolare quando, come nel caso preso qui ad esempio,

⁷ D. FACCHINI, *Soccorsi in mare classificati come operazioni di polizia: i dati 2019-2023 certificano la prassi*, in *Altreconomia*, 14 aprile 2023, consultabile all'indirizzo https://altreconomia.it/soccorsi-in-mare-classificati-come-operazioni-di-polizia-i-dati-2019-2023-certificano-la-prassi/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=20423ANS.

⁸ Decreto del Ministero dell'Interno del 14 luglio 2003, *Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 220, del 22 Settembre 2003.

⁹ Regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione del 9 aprile 2021 *relativo ai quadri situazionali del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur)*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 12 aprile 2021, L124/3.

¹⁰ Si veda la descrizione del funzionamento delle operazioni di sorveglianza nel sito internet della stessa Frontex all'indirizzo <https://www.frontex.europa.eu/what-we-do/operations/search-and-rescue/>.

l'avvistamento avvenga ad opera di un aereo di sorveglianza. Resta ovviamente fermo l'obbligo per qualsiasi capitano di vascello, anche ingaggiato nell'ambito di un'operazione congiunta di Frontex, di intervenire immediatamente in soccorso di persone in pericolo in mare, in qualsiasi circostanza siano avvistate o comunque ne sia venuto a conoscenza. Alla luce di questa netta divisione di competenze, eventuali deduzioni avanzate da Frontex sulla qualificazione o meno di una data situazione come *distress*, non dovrebbero incidere sulla determinazione delle modalità di intervento, che deve invece essere operata dalle autorità nazionali, in base a dati oggettivi quali le condizioni dell'imbarcazione avvistata, il numero di persone a bordo e la presenza di dotazioni di sicurezza adeguate, le previsioni metereologiche, ecc.

Poiché in Italia l'autorità competente in materia di soccorsi in mare è la Guardia Costiera, e più in particolare il Centro di coordinamento per i soccorsi marittimi (IMRCC) o uno dei centri secondari (MRSC), tutte le comunicazioni di situazioni che potrebbero rivelarsi di pericolo dovrebbero essere prioritariamente indirizzate a questa autorità, cui spetta valutare il livello di rischio per l'imbarcazione e per le persone a bordo, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di migranti o meno (v. art. 98.2 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare¹¹; e paragrafi 2.1.9-10 dell'Allegato alla Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il soccorso in mare¹²). Solo secondariamente, e una volta escluso che la situazione rientri in una delle fasi di incertezza, allerta o pericolo come definite dalla Convenzione SAR (implementata in Italia con Decreto Ministeriale 45 del 4 febbraio 2021, Piano SAR marittimo nazionale¹³), l'intercettazione dell'imbarcazione potrebbe essere considerata un'operazione di *law enforcement* da affidarsi a forze di polizia.

Nei fatti, la procedura di valutazione è spesso invertita. Nel caso del naufragio di Steccato di Cutro, ad esempio, la prima comunicazione di Frontex indicava che il caicco procedeva la navigazione verso l'Italia senza dare segnali di *distress*. Questa informazione, nonostante fosse accompagnata dall'indicazione di un probabile sovraffollamento sottocoperta e della mancanza di giub-

¹¹ In seguito, anche UNCLOS, disponibile all'indirizzo https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.

¹² In seguito, anche Convenzione SAR. La Convenzione e il suo Allegato, in una versione aggiornata con i successivi emendamenti sono disponibili all'indirizzo <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1979-International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-1.pdf>.

¹³ Il *Piano SAR marittimo nazionale* è pubblicato dalla Guardia Costiera e consultabile all'indirizzo <https://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/normativa/2021-02/PIANO%20SAR%20MARITTIMO%20NAZIONALE%20Ed.%202020%20%28integrale%29.pdf>.

botti di salvataggio visibili, è stata considerata sufficiente dal NCC per qualificare l'evento come «immigrazione clandestina senza pericolo per i migranti», e demandare alla sola Guardia di Finanza l'operazione di *law enforcement*. A tale qualificazione sembra essersi adeguata anche la Guardia Costiera, che, pur a conoscenza della segnalazione, non ha ritenuto di dover operare alcuna valutazione autonoma né ha messo in atto misure di ricerca dell'imbarcazione. E ciò in violazione del par. 4.2.4 dell'Allegato alla Convenzione SAR, secondo il quale, *immediatamente* ricevuta la notizia di una situazione di emergenza, il centro che la riceve deve valutare l'informazione e determinare la fase di allerta e il tipo di intervento richiesto. Paradossalmente, persino quando i mezzi della Guardia di Finanza, pur non avendo trovato il caicco, sono rientrati in porto a causa delle difficili condizioni metereologiche, il Centro di coordinamento dei soccorsi non ha fatto continuare le ricerche dai mezzi della Capitaneria di Porto, che sono usciti in mare solo a naufragio avvenuto.

3. *Le tre fasi di emergenza che caratterizzano un evento SAR*

La sintetica ricostruzione degli eventi appena proposta mostra quanto sia rilevante, al fine della efficace esecuzione delle operazioni di soccorso, la corretta qualificazione del pericolo in un momento il più possibile anticipato. Proprio per questa ragione la normativa internazionale che disciplina i soccorsi in mare è volta a garantire il monitoraggio immediato di tutte le situazioni di incertezza e l'immediata adozione di misure in tutti i casi in cui vi sia il dubbio che una situazione sia, o possa diventare, di pericolo. Ciò vale innanzitutto con riferimento al momento in cui ha inizio un evento SAR. La Convenzione SAR, al par. 4.4 dell'Allegato, distingue tre diverse fasi di emergenza: una fase di *incertezza* (INCERFA), caratterizzata dal fatto che non si ha notizia di dove si trovi una certa imbarcazione, o sussiste un dubbio sulla sicurezza del mezzo o delle persone dovuto a mancanza di informazioni; una fase di *allerta* (ALERFA), caratterizzata dal fatto che non si riesce ad entrare in contatto con il mezzo, o che è stata ricevuta un'informazione indicante che l'efficienza operativa del mezzo è menomata, ma non tanto da far ritenere probabile una situazione di pericolo; ed infine una fase di *pericolo* (DETRESFA), che è la situazione in cui si ha ragione di ritenere che una persona o un mezzo siano minacciati da un pericolo grave ed imminente e abbiano bisogno di soccorso immediato (si vedano per la trasposizione italiana rispettivamente i paragrafi 330, 340 e 360 del Piano SAR nazionale).

Già con riferimento alle fasi di allerta ed incertezza (che, è bene sottolinearlo, sono già in sé definite dalla Convenzione SAR come fasi di *emergen-*

za), il Piano SAR nazionale attribuisce da subito la competenza alle diverse articolazioni della Guardia Costiera (IMRCC, MRSC) che devono effettuare indagini appropriate e raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare la situazione e predisporre i mezzi di soccorso per un eventuale rapido impiego (par. 350 del Piano SAR nazionale). È quindi evidente che, il dispositivo SAR deve essere attivato non appena, da qualsiasi fonte, la Guardia Costiera riceva la segnalazione di una situazione sussumibile ad una delle due prime fasi, indipendentemente dal fatto che essa si trasformi poi in fase di *distress*.

Anche con riferimento a questa terza e più grave fase, la quale fa immediatamente «scattare l'esecuzione delle operazioni di ricerca e soccorso in mare», va sottolineato che essa ha inizio non appena vi sia il *rischio* anche solo *temuto* del pericolo. Il par. 360 del Piano SAR nazionale definisce, infatti, la ALERFA come quella fase in cui si verifichi una delle seguenti situazioni: «si è ricevuta fondata informazione che un mezzo o una persona è in grave o *imminente* pericolo o bisognosa di immediata assistenza; tutti i tentativi di stabilire un contatto con il mezzo e le indagini eseguite presso fonti attendibili fanno *presumere* che il mezzo o la persona sia in pericolo; è stata ricevuta notizia che l'efficienza operativa del mezzo è menomata a tal punto da *rendere probabile* il verificarsi di una situazione di pericolo»¹⁴. A ciò si aggiunga che lo stesso Piano SAR, al par. 310, prevede che «quando *si presume* che sussista una reale situazione di pericolo per le persone, si deve adottare un criterio non restrittivo, nel senso che una notizia con un minimo di attendibilità deve essere considerata veritiera a tutti gli effetti»¹⁵.

Il criterio presuntivo e non restrittivo cristallizzato nella disciplina nazionale corrisponde peraltro a quanto previsto a livello internazionale. L'International Aeronautical and Maritime Search and Rescue Manual (in seguito IAMSAR Manual) precisa che «It is essential that SAR personnel treat every distress alert as genuine until they know differently»¹⁶. La valutazione immediata e non restrittiva del rischio è ovviamente funzionale alla massima efficacia dei soccorsi, per i quali il fattore temporale è fondamentale. Lo stesso IAMSAR Manual attesta infatti che l'elemento più importante per migliorare l'effettività di un servizio SAR è il tempo che intercorre tra la notizia della situazione di pericolo e il momento in cui la persona è soccorsa:

¹⁴ Piano SAR nazionale, cit., corsivi aggiunti.

¹⁵ Ivi, corsivi aggiunti.

¹⁶ IMO, ICAO, *International Aeronautical and Maritime Search And Rescue Manual - Volume I - Organization & Management*, 2019, Appendix E, par. E.1.3.

i dati statistici dimostrano che generalmente il tempo critico determinante la sopravvivenza di una persona in pericolo in mare è di 2 ore, di conseguenza «Initial action should begin within five minutes of initial notification of a distress incident»¹⁷. Se è vero che la norma parla di *incident*, facendo quindi riferimento ad un pericolo attuale, è anche evidente che per potersi muovere così velocemente il pericolo deve essere anticipato, ed è questa la ragione per cui la fase di *distress* comincia già quando la situazione di pericolo è solo temuta.

4. Conclusioni

Alla luce delle disposizioni appena riportate, sembra evidente che praticamente *tutte* le imbarcazioni dedite al trasporto irregolare di migranti nel Mediterraneo debbano essere considerate in situazione di pericolo (DISTRESFA) ai fini dell'applicazione dei dispositivi SAR, e ciò indipendentemente dal fatto che, nel momento in cui sono avvistate o se ne ha notizia, la loro galleggiabilità non appaia compromessa. È noto infatti (e quindi *presumibile* anche quando non si abbia esatta contezza della situazione) che si tratta di imbarcazioni sempre sovraccariche (condizione che in sé compromette la navigazione), non dotate di dispositivi di sicurezza per l'evacuazione in caso di bisogno (né scialuppe, né giubbotti di salvataggio in quantità e qualità sufficiente), inoltre le persone a bordo sono in condizioni di salute quantomeno precarie se non gravi (carenza di cibo ed acqua, freddo, ustioni alla pelle), il che rende imminente il pericolo per la vita, indipendentemente dal rischio di annegare. Ne consegue che, comunque giunga alle autorità la notizia della presenza in mare di una imbarcazione di questo tipo, e anche qualora vogliano essere contemporaneamente messe in atto azioni di *law enforcement* in mare o a terra, la corretta e non discriminatoria applicazione della normativa nazionale e internazionale sul soccorso comporta che l'evento sia classificato come evento SAR e trattato come tale. Ciò significa, in primo luogo che la responsabilità della valutazione della situazione e della predisposizione di misure di assistenza e soccorso adeguate compete all'IMRCC (o eventualmente ai MRSC) al quale devono essere fornite tutte le informazioni, e non al NCC istituito presso il Ministero dell'Interno per il coordinamento delle attività di controllo della migrazione. In secondo luogo, indipendentemente da eventuali erronee classificazioni operate da NCC, qualsiasi comandate di nave, statale o privata, che venga a conoscenza del pericolo e del bisogno di aiuto delle persone a bordo dovrà

¹⁷ Ivi, Chapter 6, par. 6.5.2.

procedere quanto più velocemente possibile in loro soccorso (come previsto dall'art. 489 del Codice della Navigazione¹⁸; dalla Regola 33, del Capitolo V, della Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare¹⁹; e, indirettamente, art. 98 par. 1, della UNCLOS).

¹⁸ Regio decreto n. 327 del 30 marzo 1942 e successivi emendamenti, consultabile nella versione vigente all'indirizzo <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-30;327>.

¹⁹ International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), firmata a Londra il 1° novembre 1974 e poi più volte emendata, una versione aggiornata è consultabile all'indirizzo [http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20\(copies\)/SOLAS.pdf](http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20(copies)/SOLAS.pdf).

FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA
E SMUGGLING: L'ANOMALIA ERMENEUTICA
DELLO SCAFISTA PASSEGGERO

Letizia Valentina Lo Giudice*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I beni giuridici tutelati dall'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*. – 3. La Corte costituzionale sui beni oggetto di tutela e la giustificazione delle cornici edittali.

1. *Introduzione*

L'impianto sanzionatorio dell'art. 12 d.lgs n. 286/98, nell'impossibilità di essere graduato e plasmato sulla situazione concreta del passeggero divenuto scafista per altrui coercizione o minaccia, determina di fatto, la sottoposizione di quest'ultimo a sanzioni sproporzionate e inique che non tengono conto della concreta offensività delle condotte poste in essere. Tale assetto trae la propria ratio politico-criminale nell'esigenza di tutela dei beni giuridici sottesi alle norme in tema di *smuggling*, ed in particolar modo dei diritti fondamentali dei migranti trasportati.

Obiettivo del presente contributo è quello di indagare la norma che punisce il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sotto un duplice angolo visuale, ovvero sia quello dei beni giuridici oggetto di tutela e quello connesso delle possibili soluzioni ermeneutiche, in grado di temperare la portata afflittiva delle sanzioni ivi contemplate. Tale analisi sarà condotta con specifico riferimento alla figura dello "scafista occasionale"¹.

La notevole estensione soggettiva dell'ambito applicativo dell'art. 12 d.lgs. n. 286/98, unitamente alla formulazione casistica recata dai ben venticinque commi attualmente vigenti, rende questa fattispecie tendenzialmente idonea ad applicarsi a qualsiasi fatto migratorio, con conseguenze – sul piano della libertà personale e della funzione rieducativa della pena – rilevanti nei confronti di chi, scientemente o meno, vi incorra.

* Avvocata e Dottore di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Messina.

¹ Per «scafista occasionale» si intende in questa sede il comune passeggero che si imbarchi su un mezzo di fortuna, in partenza dalle coste dell'Africa settentrionale e che, poi, costretto o indotto dagli organizzatori della traversata, si ponga alla guida del natante e ivi venga rinvenuto dai soccorritori e successivamente individuato e riconosciuto dagli altri passeggeri come colui il quale conduceva l'imbarcazione.

2. *I beni giuridici tutelati dall'art. 12, commi 3, 3-bis e 3-ter*

Tradizionalmente, la condotta contestata allo *scafista* viene formulata ai sensi dell'art. 12 T.U.I. con particolare riferimento alle condotte descritte ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*.

Rispetto alla disciplina originaria del 1998, tale previsione normativa ha aggiunto all'ipotesi dell'*aiuto all'ingresso dello straniero* nel territorio dello Stato anche l'aiuto all'ingresso sul territorio di altri Stati di cui non sia cittadino, inserendo, altresì, alcuni casi di "favoreggiamento" aggravato.

Viste le numerose circostanze aggravanti, idonee a inasprire la pena qualora l'incolumità dello straniero trasportato sia in qualsiasi modo messa in pericolo (dalle condotte specifiche o dallo scopo del "favoreggiamento"), pare potersi ipotizzare che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie in parola sia quello della sicurezza e della dignità delle persone, il cui ingresso è «favorito o procurato». Su questa linea, non sarebbe necessario, affinché si abbia la consumazione del reato, l'effettivo ingresso, essendo sufficiente «l'idoneità della condotta a raggiungere un simile risultato»; ciò in apparenza (ma invero sostanziale) discontinuità rispetto alla fattispecie che punisce il traffico di migranti che, sul piano della tipicità, sanziona condotte analoghe, ancorando però la punibilità al perseguimento di una finalità diretta o indiretta di profitto materiale. Difatti, l'art. 3 lett. a) della Convenzione di Palermo per il contrasto al crimine transnazionale, in seno protocollo contro lo *smuggling* di migranti, aggiunto nel 2004 specifica che esso si configuri come: «the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a state Party of which the person is not a national or a permanent resident»).

In questi termini, ci si trova al cospetto di una norma incriminatrice che non regola esclusivamente – nella sua concreta applicazione – fenomeni di cosciente e volontaria avversione all'ordine preconstituito, ma che opera in modo automatico, a prescindere dalla effettiva conoscibilità di essa da parte dello straniero, nel caso di specie, il passeggero divenuto – per zelo o sotto minaccia – *driver*, e dalla concreta determinazione dello stesso nel senso di violarla.

Innanzitutto, emerge quindi l'interrogativo in merito all'esatta natura del bene giuridico che la norma intende tutelare, per comprendere se questo rivesta o meno un rango tanto elevato quanto quello del sacrificio che consegue alla sua violazione.

Ebbene se si dovesse giudicare la pregnanza del bene «interesse dello Stato alla corretta gestione dei flussi migratori» dalla formulazione delle norme poste a sua tutela, dal legislatore del d.lgs. n. 286/98, non potrebbe che con-

cludersi che esso sia un bene giuridico di rilievo primario, la cui tutela si riverbera tanto sulla struttura delle fattispecie incriminatrici che lo presidiano, quanto sulle pene edittali da quest'ultime contemplate.

Difatti, l'art. 12 T.U.I. reca una descrizione delle condotte talmente minuziosa e dettagliata da impedire – di fatto – a qualsivoglia fatto migratorio di collocarsi al di fuori del suo ambito di applicazione.

Secondo la Corte costituzionale, oggetto della tutela sarebbe un «bene giuridico strumentale, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni giuridici 'finali', di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata [...] quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione» (sentenza n. 250 del 2010).

Da un lato, dunque, il Giudice delle leggi chiarisce che il bene tutelato è da escludersi dal novero di quelli di rango costituzionale; dall'altro, pone l'attenzione sulla sua funzione strumentale e mediata rispetto alla tutela di beni giuridici finali, questi ultimi sì, ritenuti di rango primario.

Ciò non può che destare ulteriori perplessità ove si considerino le riflessioni svolte dalla dottrina sulla definizione dei concetti di ordine pubblico e sicurezza. Se i beni finali – di cui quello intermedio dovrebbe costituire strumento di più intensa promozione – recano già un'ontologica indeterminatezza e peccano per l'assenza di una rigida delimitazione, ponendosi, dunque, al limite della compatibilità con il principio di offensività, come potrebbe, il bene giuridico in esame, contraddistinguersi per maggiore nitidezza e auto-evidente pregnanza?

Anche la questione dei vincoli di carattere internazionale sembra invero solo adombrata dalla Corte costituzionale nella risalente pronuncia del 2010, essendo liquidata più come mera clausola di stile piuttosto che come il frutto della ricognizione di un precipuo obbligo di incriminazione derivante dalla nostra adesione a strumenti internazionali sul tema.

E, infatti, come recentemente ricordato, tra gli strumenti internazionali cui probabilmente la Consulta faceva riferimento, vi è la Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale, firmata a Palermo nel dicembre 2000, che impone alle parti di criminalizzare tutte le condotte di *smuggling*², purché

² Letteralmente “contrabbando”, definito dalla Convenzione di Palermo come «*the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a state Party of which the person is not a national or a permanent resident*», art. art. 3 lett. a) protocollo contro lo *smuggling* di migranti, aggiunto nel 2004.

siano commesse nel perseguimento di finalità di lucro³.

Tale finalità è effettivamente presente nella formulazione dell'art. 12 T.U.I., ma l'aberrazione applicativa che la contraddistingue – come si dirà – è rappresentata dal fatto che ne sia stata fornita un'interpretazione giurisprudenziale talmente ampia – specie nella veste del c.d. fine «anche indiretto» – da renderlo sussistente nella totalità dei casi concreti portati all'attenzione dei giudici.

Del pari, in ambito eurounitario, la Direttiva 2002/90/CE, all'art. 1 par. 1 richiede agli Stati di approntare un precipuo sistema sanzionatorio per le condotte volte a favorire l'ingresso irregolare dei migranti, e ciò a prescindere dalla finalità di lucro che muove i loro autori. Tuttavia, al successivo par. 2, riconosce agli stessi Stati membri la facoltà di non adottare sanzioni penali nel caso in cui il procurato ingresso persegua una finalità umanitaria⁴.

Esclusa, dunque, la sussistenza di obblighi internazionali di criminalizzazione che vertano sulla punizione del versante umanitario o necessitato del procurato ingresso irregolare, l'unica giustificazione plausibile che possa darsi al corto circuito sanzionatorio descritto dall'art. 12 d.lgs. n. 286/98, è da rinvenirsi, esclusivamente, nelle scelte di politica criminale adottate in materia dal legislatore italiano.

Sebbene i fenomeni di coartazione dei passeggeri delle imbarcazioni siano ormai noti da almeno un decennio, e nonostante il d.lgs. n. 286/98 sia stato oggetto di plurime modificazioni e adattamenti, nessun intervento legislativo, volto a mitigare – in chiave maggiormente garantistica – la draconiana disciplina del favoreggiamento, è stato sin ora messo in atto.

Né, osservando la prassi di taluni tribunali, ha soccorso il riferimento alle categorie generali del diritto penale, in particolar modo l'applicazione dello stato di necessità, *ex art. 54 c.p.*, quale valvola di deflazionamento e garanzia, poiché questa causa di giustificazione viene sistematicamente disconosciuta nei procedimenti riguardanti passeggeri che si siano adoperati nella gestione del natante – perché minacciati o altrimenti indotti – in quanto ritenuti, con il loro apporto, condizione «concausale e dolosamente organizzata per offrire un contributo alla condotta in essere»⁵.

³ Ordinanza n. 42433/19 Corte di Cassazione, 23 maggio 2019, inedita.

⁴ Art. 1 par. 2 Direttiva «Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

⁵ Corte di Cassazione, Ordinanza n. 10376 del 23.05.2019, inedita.

La conseguenza di quanto sopra è l'emersione di uno statuto speciale del passeggero scafista, che si contraddistingue per rigore e impossibilità di dosimetria sanzionatoria.

3. *La Corte costituzionale sui beni oggetto di tutela e la giustificazione delle cornici edittali*

Appare quanto mai opportuno sebbene scontato affermare che la migliore soluzione auspicabile sia quella di operare una riforma strutturale del sistema vigente, riconducendo l'art. 12 T.U.I. al principio di offensività e consentendo di modularne i tetti di pena sulla base delle peculiarità dei casi specifici.

Tuttavia, allo stato nessuna iniziativa in tal senso, neppure *in nuce*, sembra sia stata assunta dal nostro legislatore.

Non resta altro, allora, che fare ricorso allo strumento dell'interpretazione. A tale fine, la base di partenza del ragionamento potrebbe essere – ci pare – la lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 63 dell'8.02.2022, con la quale la Consulta, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12 comma 3 lett. d) limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti» con conseguente riconduzione di tali condotte nell'alveo della fattispecie base di cui all'art. 12 comma 1 T.U.I. che prevede la pena da 1 a 5 anni di reclusione. Ciò in considerazione del fatto che l'aggravante di cui alla lett. d), a differenza delle altre contemplate dalle lettere a) a c), non contempla un reato plurioffensivo che lede anche la dignità e l'integrità fisica dei migranti trasportati. Pertanto, l'assoggettamento di tali condotte alla massima sanzione detentiva deve ritenersi irragionevole e sproporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost., specie rispetto all'ipotesi del compimento di atti diretti a favorire l'ingresso di cinque o più persone, all'esposizione a pericolo di vita o alla sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti dei passeggeri trasportati, all'aver partecipato in tre o più persone all'organizzazione del viaggio o ad aver avuto la disponibilità di armi o materie esplodenti.

La stessa Corte, poi, non ha mancato di rammentare che il complessivo impianto delle aggravanti nel tempo stratificatesi sui commi dell'art. 12, è il frutto dell'adempimento dell'Italia agli obblighi di incriminazione sovranazionale che impongono di sanzionare le sole condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare che siano compiute a scopo di lucro; del pari, in ambito comunitario, la Direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la Decisione Quadro 2002/946/GAI, richiedono agli Stati Membri di adottare «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradi-

zione» e di colpire i reati più gravi, tramite la previsione di una pena detentiva non inferiore nel massimo a 8 anni. In questa sede ci limitiamo a rilevare che dalla sola applicazione dell'art. 12 commi 3-*bis* e 3-*ter* deriva una pena detentiva la cui base muove da 15 anni e può spingersi oltre i 25, dunque ben oltre i margini edittali imposti dagli strumenti internazionali.

Si legge, in specie, nella sentenza sopra indicata come «le altre fattispecie aggravate delineate dall'art. 12 comma 3, t.u. immigrazione tutelerebbero in effetti, oltre ai beni giuridici dell'ordine pubblico e della sicurezza dei confini, anche le persone trasportate, che spesso versano in uno stato di bisogno; sicché il disvalore delle condotte in questione sarebbe determinato anche dall'incidenza delle stesse sui diritti fondamentali delle persone trasportate o illegalmente introdotte nel territorio dello Stato».

Questa ricostruzione spiega – ma non giustifica – la punibilità del passeggero scafista a cui – per il solo fatto di essere individuato quale *driver* – sia contestata la condotta di *smuggling* e venga, per l'effetto, applicato il trattamento sanzionatorio maggiormente afflittivo previsto dalla norma; pur tuttavia in mancanza di prova circa la riferibilità alla sua persona della preordinazione di tutte le circostanze identificative del traffico di migranti, ma anzi nella presunzione che questi abbia offerto un certo apporto causale in concorso con terzi non identificati.

Come recuperare la necessaria materialità del fatto di reato ancorandola al contempo al principio di personalità della responsabilità penale?

Sebbene il *driver*, essendo stato scelto a propria volta tra i passeggeri, non sia – né possa essere ritenuto – responsabile delle condizioni del natante, della galleggiabilità e dell'assenza di giubbotti di salvataggio, ciò che di fatto avviene in sede processuale è la contestazione piena a quest'ultimo della totalità delle circostanze fattuali registratesi durante la traversata, con conseguente e significativo incremento della pena edittale irrogata. Ciò si registra a prescindere dalla considerazione o dall'emersione della prova in ordine al fatto che nella maggior parte dei casi i passeggeri intraprendono volontariamente la traversata, consapevoli anche delle precarie condizioni di viaggio.

Di conseguenza, trovandosi al cospetto di una norma che non prevede margini di mitigazione o aree di impunità, l'unico strumento che dovrebbe essere impiegato per attenuare la portata eccessivamente afflittiva delle aggravanti è quello dell'elisione per via pretoria delle circostanze di cui alle lettere b) e c), previa esclusione della loro tipicità e la conseguente riduzione a un numero inferiore a due⁶ delle contestazioni formulate ai sensi del comma 3.

⁶ Onde scongiurare l'applicazione del comma 3*bis* dell'art. 12 a mente del quale «*se i fatti*

In altri termini, se il fondamento di un così cospicuo aumento di pena trae origine da esigenze di garanzia dei diritti fondamentali dei migranti passeggeri, a venir meno, in questi casi, per effetto dell'adesione *ex ante* degli stessi alle condizioni di viaggio – oltre che, naturalmente, per l'ininfluenza causale del contributo del driver – sarebbe la tipicità stessa delle condotte contestate allo scafista.

La valorizzazione della soggettività e autodeterminazione dei passeggeri titolari dei beni giuridici cui la norma in commento intende porre presidio impedirebbe dunque l'attribuzione allo scafista passeggero della responsabilità per le condotte di “esposizione” (a pericolo per la vita e l'incolumità) e “sottoposizione” (a trattamenti inumani e degradanti), che invero non sono allo stesso riferibili, con conseguente venir meno dell'intero fatto di reato.

di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata».

LE NUOVE REGOLE DEL SOCCORSO IN MARE: QUALE COERENZA TRA MEZZO E FINE?

Michela Tuozzo*

SOMMARIO: 1. Le novità del decreto-legge 2 gennaio 2023, n. 1. – 2. Il fine: migliorare l'efficienza del servizio SAR. – 3. Il problema: le navi ONG *pull factor* dell'immigrazione? – 4. Alcune brevi conclusioni.

1. *Le novità del decreto-legge 2 gennaio 2023, n. 1*

L'inizio del 2023 si è aperto con la pubblicazione del decreto-legge 2 gennaio 2023, n. 1¹, recante disposizioni urgenti in materia di gestione dei soccorsi in mare. Nella relazione² di presentazione del decreto alla Camera dei deputati per la sua conversione in legge si leggono i due obiettivi perseguiti: i) definire le condizioni in presenza delle quali le attività svolte da navi che effettuano interventi di recupero di persone in mare possono essere ritenute conformi alle pertinenti convenzioni internazionali³; ii) disciplinare più compiutamente gli effetti della violazione del limite o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale disposto nei confronti della nave che abbia recuperato persone discostandosi dall'osservanza delle richiamate condizioni.

Il potere governativo di adottare provvedimenti interdittivi nelle acque territoriali interne, rivolto alle navi soccorritrici delle ONG, ha negli ultimi anni subito diverse modifiche, che hanno riguardato principalmente i seguenti aspetti: i) il Ministro competente all'adozione dei relativi provvedimenti (dapprima il Ministro dei trasporti e navigazione, oggi il Ministro dell'interno di concerto con il Ministro della difesa, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, informato il Presidente del Consiglio); ii) il contenuto degli stessi provvedimenti che, inizialmente, era rivolto a interdire l'*ingresso*, il *transito* e la *sosta* della nave nel mare territoriale (art. 11, co. 1 *ter*, d.lgs. n. 286/1998, d'ora innanzi TUI), e poi limitato al transito e alla sosta (art. 1, co. 2, d.l.

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Decreto-legge 2 gennaio 2023, n. 1, *Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori*, convertito con modificazioni dalla L. 24 febbraio 2023, n. 15.

² Camera dei deputati, Atti parlamentari, A.C. 750.

³ Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS del 1974; Convenzione SAR del 1979; Convenzione UNCLOS del 1982; la risoluzione IMO n. 167/78 del 2004.

n. 130/2020); iii) infine, i motivi sottesi all'esercizio del potere ministeriale, prima diretti alla tutela del pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica e a impedire la violazione dell'art. 19, par. 2, lett. g), Convenzione UNCLOS (art. 11, co. 1 *ter*, TUI), poi limitati alle ragioni di sicurezza e ordine pubblico (art. 1, co. 2, d.l. n. 130/2020⁴).

Con il d.l. n. 1/2023 sono state introdotte nuove condizioni per i comandanti delle unità navali che prestano attività di ricerca e soccorso in mare, in presenza delle quali *non* potranno essere adottati provvedimenti ministeriali di divieto o limitazione al transito o alla sosta delle navi nel mare territoriale (art. 1, co. 2-*bis*).

Più precisamente, la prima parte dell'art. 1, co. 2, d.l. n. 130/2020, che individua competenza e motivi del provvedimento, è rimasta inalterata, mentre è stata sostituita la seconda parte, relativa alle condizioni di legittimità delle operazioni SAR condotte dalle ONG⁵. Il nuovo art. 1, co. 2-*bis*, d.l. 1/2023 detta sei condizioni che devono ricorrere congiuntamente: *a*) il possesso da parte della nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso delle autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera e dei requisiti di idoneità tecnico-nautica; *b*) la tempestiva informazione alle persone soccorse circa la possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, la raccolta dei dati rilevanti; *c*) la richiesta dell'assegnazione del porto di sbarco nell'immediatezza dell'evento; *d*) il raggiungimento senza ritardo del porto di sbarco assegnato; *e*) il trasferimento alle autorità italiane delle informazioni rilevanti per la ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso; *f*) la scelta di modalità di ricerca e soccorso che

⁴ In dottrina *ex multis*: C. CORSI, *Il decreto-legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021; F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, ivi; E. ROSAFIO, *Prime osservazioni in materia di immigrazione via mare a seguito del l'entrata in vigore del d. l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, gennaio 2021; S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021.

⁵ Ossia che le operazioni di soccorso devono essere immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed essere effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare. Queste ultime emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Cedu e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra.

non concorrano a creare situazioni di pericolo a bordo, né ritardino – ad esempio, con un nuovo soccorso – il raggiungimento del porto di sbarco.

Non ci si occuperà, qui, del problema della legalità di tali previsioni, da valutare in riferimento al complesso delle norme internazionali sugli obblighi di soccorso in mare, sul potere di ispezione da parte degli Stati di approdo e di certificazioni dello Stato di bandiera, e sull'accesso alla protezione internazionale⁶. Si formulerà, invece, una valutazione legata alla coerenza complessiva tra il mezzo prescelto (l'introduzione di stringenti condizioni di legittimità delle attività SAR in capo alle navi ONG) e la finalità obiettiva che le norme in materia dovrebbero perseguire, ossia l'efficiente erogazione di un servizio di ricerca e soccorso in mare (funzione SAR).

2. *Il fine: migliorare l'efficienza del servizio SAR*

In base alle norme del diritto internazionale, l'obbligo di prestare soccorso in mare incombe sui comandanti delle imbarcazioni (indirettamente, sugli Stati di bandiera delle navi), e in via generale o residuale sugli Stati costieri, i quali sono tenuti a dare assistenza nel corso degli eventi SAR e a predisporre un apparato di mezzi e risorse tali da assicurare la funzione SAR. L'art. 98, par. 2, CNUDUM, in particolare, impone a ogni Stato costiero l'obbligo di promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso. Il contenuto di questi doveri si trova poi meglio specificato nell'art. 10 par. 1 (*dovere di assistenza*) della Convenzione SOLAS e nei paragrafi 1.3.2. (*salvataggio*), 1.3.4 (*area di ricerca e salvataggio*), 1.3.5. (*centro di coordinamento di salvataggio*) e 2.3. (*creazione di centri di coordinamento di salvataggio*) nell'allegato alla Convenzione SAR.

Così, ciascuno Stato assume l'obbligo di ricevere e coordinare le richieste di soccorso, una volta individuata la propria area di ricerca e salvataggio (1.3.4), che a sua volta eccede le acque territoriali rientranti nella sovranità statale⁷. Nella zona SAR, lo Stato costiero dovrebbe, quindi, fornire i relativi

⁶ Si vedano i commenti di: ASGI, *Commissione Affari Costituzionali: il decreto legge 1/2023 non va convertito perché viola la Costituzione*, 2023; G. SCHIAVONE, *Il decreto legge n. 1/2023: come ostacolare il soccorso in mare*, in *Volere la luna*, 9 gennaio 2023; R. CHERCHI, *Il decreto-legge Piantadosi e le strategie governative di contenimento dell'immigrazione via mare*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2023, pp. 420-422; sia consentito il rinvio a M. TUOZZO, *La saga dei porti chiusi. Nuove strette sulle operazioni di salvataggio in mare*, in *Federalismi.it*, n. 8/2023, spec. pp. 226 ss.

⁷ I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di "search and rescue": problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2019, spec. p. 513.

servizi, abbinandovi un centro di coordinamento degli eventi SAR (1.3.5; 2.3). Lo Stato costiero assume, quindi, la responsabilità primaria dell'operazione, che va dal momento della ricezione del segnale di pericolo a quello dello sbarco dei naufraghi nel POS. I mezzi di cui lo Stato italiano dispone per le operazioni sono quelli appositamente allestiti a tale scopo (S.R.U. *Search and Rescue unit*) e quelli "concorrenti" (*Search and rescue facility*), tra i quali rientrano anche le navi private in grado di intervenire utilmente per portare soccorso (par. 220.4, Piano SAR⁸).

Prima del 2014, l'Italia ha esercitato la funzione di pubblico soccorso nell'area SAR, fino alle acque territoriali libiche, con le missioni *Constant Vigilance* e *Mare Nostrum*, con notevole successo in termini di salvataggi in mare. Com'è noto, però, a partire dal 2014, a questa fase, ne è seguita una di segno diverso, caratterizzata dalla riduzione dei mezzi e del raggio d'azione nel pattugliamento della zona marina. Essa è coincisa con l'uropeizzazione delle missioni *Triton* e *Themis* coordinate da Frontex, e successivamente supportate da quelle dell'EUNAVFOR Med: missioni, queste, vocate alla sorveglianza delle frontiere esterne nel contrasto all'immigrazione irregolare o a obiettivi militari più che alla finalità SAR.

In questo scenario di riduzione delle attività rivolte ai fini assistenziali, all'arretramento del "pubblico" è corrisposto un avanzamento del servizio SAR "privato"⁹. Il crescente impegno delle ONG è testimoniato dai dati: nel 2017 il numero di persone soccorse dalle navi ONG addirittura superò quello delle missioni italiane ed europee¹⁰.

D'altra parte, sebbene l'ingresso delle navi ONG abbia incrementato il numero dei mezzi in mare, ciò non è valso a riportare l'efficienza del servizio al periodo antecedente al 2014. Un indicatore chiaro in tal senso è dato dal numero dei morti e dispersi nel mare Mediterraneo, che nel periodo compreso dal 2014 al 2022 è di quasi 25mila persone¹¹. Vero è che si tratta di una cifra complessiva non ascrivibile alla sola area di responsabilità italiana, ma ciò comunque segnala un problema di adeguatezza complessiva della funzione SAR nel Mediterraneo centrale. Né si potrebbe pensare di superarlo attraverso

⁸ Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto Guardia Costiera, *Piano SAR marittimo nazionale*, I.M.R.C.C. 001, 2020.

⁹ M. SAVINO, voce *Immigrazione*, in *Enc. Dir., I tematici, III, Funzioni Amministrative*, 2022, p. 606.

¹⁰ Si veda l'analisi svolta da di E. CUSUMANO, F. BELL, *Guilt by association? The criminalization of sea rescue NGOs in Italian media*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2021, spec. p. 8.

¹¹ Fondazione Ismu, *Comunicato stampa dal 2014 sono quasi 25mila i migranti che hanno perso la vita nel mediterraneo*, 29 settembre 2022.

so la cooperazione con l'altro attore presente a ridosso delle acque sorvegliate dall'Italia, ossia la Guardia costiera libica. Sono sin troppo noti, infatti, i problemi di sostenibilità politica e giuridica che le prassi delle intercettazioni in mare di migranti e la loro riconduzione nei campi di detenzione libici comportano. Così come è palese l'inefficienza dello stesso servizio SAR libico: nel 2021 oltre 30mila¹² persone sono state intercettate e riportate in Libia, ma oltre un migliaio sono i morti e dispersi a ridosso delle sue acque. Ambedue gli aspetti evidenziano l'impossibilità delegare alla Libia il soccorso umanitario nel Mediterraneo centrale.

3. *Il problema: le navi ONG pull factor dell'immigrazione?*

Se è innegabile che le unità navali private, delle ONG, aiutino lo Stato costiero a rendere più efficiente il proprio servizio nell'area SAR, tale ruolo è stato messo in discussione per la correlazione tra le operazioni SAR e le migrazioni di massa¹³.

La letteratura che si è occupata dell'argomento tende però a sconfessare tale assunto, ritenendo che non vi siano sufficienti evidenze tra l'aumento dei flussi migratori via mare e le operazioni di salvataggio e soccorso non governative¹⁴. La riduzione del numero di partenze dalla Libia sembrerebbe invece da ricondursi alle condizioni meteorologiche e alle azioni di partnership intraprese a seguito del Memorandum d'intesa del 2017¹⁵.

Secondo altri studiosi¹⁶, le operazioni SAR delle ONG non agiscono come fattore attrattivo, se non considerando in modo disaggregato il lato dell'offerta (ossia di coloro che consentono materialmente di realizzare la traversata con attività di *smuggling* o *trafficking*) da quello domanda (ossia il numero dei migranti che lasciano il proprio Paese). Se si considerasse solamente il dato dell'offerta, allora si potrebbe concludere che le operazioni SAR realizzino un effetto attrattivo, perché spingono gli *smugglers* ad avviare le partenze anche

¹² IOM, *Libya Maritime Update*, 12-18 June 2022.

¹³ Su tutti i rapporti House of Lords, *Operation Sophia, the EU's naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge*, Ordered to be printed 3 May 2016 and published 13 May 2016, p. 18; e Frontex, *Risk Analysis for 2017*, p. 32.

¹⁴ E. CUSUMANO, M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, Policy Brief, 2019, p. 7, all'url: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/65024/PB_2019_22_MPC.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ C. AMENTA, P. DI BETTA, C. FERRARA, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo Centrale: le operazioni search and rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022, pp. 17 ss.

su imbarcazioni fatiscenti o in condizioni marittime avverse. Tuttavia, nella realtà, il successo dell'offerta è attivato dalla domanda: nell'ambito dell'attraversamento della frontiera via mare, il lato dell'offerta non agisce sul numero degli arrivi, che è dipendente da altri fattori (c.d. *push factors*), individuabili in variabili strutturali nei Paesi di origine.

Questi studi in altri termini dimostrano che la presenza di navi ONG nell'area SAR non incide sul *quantum* degli sbarchi: in loro assenza, l'unico probabile effetto di medio e lungo periodo riguarderebbe le modalità di azione e i mezzi utilizzati dagli *smugglers*.

4. *Alcune brevi conclusioni*

Riscrivere in senso restrittivo le condizioni che regolano le operazioni SAR delle navi ONG è funzionale a garantire un più puntuale assolvimento, da parte dello Stato costiero italiano, del servizio SAR che le norme internazionali imporrebbero di erogare nel Mediterraneo centrale?

La risposta è evidentemente negativa. L'introduzione di maggiori ostacoli alle unità navali delle ONG impegnate in operazioni di *search and rescue* avrà l'effetto di ridurre l'assistenza tempestiva ed efficace ai migranti in difficoltà al di fuori dalle acque territoriali italiane. E ciò avverrà in un contesto in cui, da un lato, gli Stati costieri e le missioni europee non riescono a offrire un'adeguata "copertura" e, dall'altro, l'azione della Guardia costiera libica pone un chiaro problema di *refoulement*.

Se si guarda ai numeri effettivi degli sbarchi ascrivibili ai soccorsi delle operazioni SAR delle ONG, ci si avvede che si tratta di un fenomeno di portata limitata, pari a circa il 16% del totale degli sbarchi (Un anno di attività del Ministero dell'interno, 2022, p. 40). E se a tale numero si sottrae il totale dei soccorsi SAR (pubblici e privati), pari al 46,7% delle persone sbarcate, si constata che più della metà degli ingressi, pari al 53,2% del totale, avviene con sbarchi autonomi, e che dunque il lato dell'offerta è coperto dai trafficanti in modo, per così dire, del tutto autonomo rispetto alle ONG e agli apparati del servizio pubblico SAR.

Di certo, le nuove regole mirano a limitare la presenza degli operatori privati nel Mediterraneo centrale, avvertita come una "minaccia" alle prerogative statali di controllo del territorio e presidio delle frontiere. Ma tale obbiettivo pare difficilmente conciliabile con quello, imposto dalle norme internazionali e più volte evocato, di assicurare un servizio SAR efficiente. Intanto, nel 2022 il numero dei morti e dispersi è pari a 2.836...

THE SEA WATCH CASE
BEFORE THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE:
IS THERE A DIFFERENCE
BETWEEN OCCASIONAL AND SYSTEMATIC SAR ACTIVITIES?

Francesca Romana Partipilo*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Sea Watch SAR activities and the Harbour Master's Offices' detention orders. – 3. The content of the request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU. – 4. The decision. – 5. Comment: the criminalization of humanitarian sea rescue. – 6. The absence of an international and European legal framework on privatized SAR activities. – 7. Is there a difference between occasional and systematic SAR activities? – 8. Conclusion: the necessity of a homogeneous legal framework on privatized SAR activities.

1. *Introduction*

On the 1st of August 2022, the Court of Justice of the European Union (ECJ) delivered its much awaited judgment in joined cases C-14/21 and C-15/21¹. The cases centered on two requests for a preliminary ruling under Article 267 TFEU submitted by the Regional Administrative Court of Sicily (TAR). They concerned the legality of two detention orders issued by the Italian authorities *vis-à-vis* the *Sea Watch 3* and the *Sea Watch 4*, rescue vessels owned by the NGO Sea Watch eV, a humanitarian NGO registered in Berlin.

2. *Sea Watch SAR activities and the Harbour Master's Offices' detention orders*

During the summer of 2020, *Sea Watch 3* and *Sea Watch 4* rescued several hundred persons in distress in the Mediterranean Sea², whose disembarkation was authorized by the Italian Ministry of the Interior in Porto Empedocle and in the Port of Palermo. After disembarkation, on board inspections were

* Postdoctoral research fellow in International Law, Università di Bologna.

¹ ECJ, judgment of 1 August 2022, *Sea Watch eV v. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, and Others*, C-14/21 and C-15/21.

² E. PAPANASTAVRIDIS, *Sea Watch cases before the EU Court of Justice: An analysis of International Law of the Sea*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 12 December 2022. Also see V. SCHATZ, S. WISSMANN, *Port State Control of Civilian Search and Rescue Vessels before the European Court of Justice: The Sea Watch Cases*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 1(aop), 2023, pp. 1-12.

carried out by the port authority of both ports (based on Italian Legislative Decree No 53/2011, transposing Directive 2009/16 in Italian law).

The Harbour Master's Offices considered, in the first place, that the ships were engaged in assisting migrants at sea while not being certified for the intended service. In addition, they noted some "technical and operational deficiencies" in relation to the applicable EU legislation and international conventions. The vessels had embarked far more people than those they were authorized to. Finally, the Harbour Master's Offices issued detention orders, considering that the two ships were unequipped for SAR activities, although they had been systematically and exclusively employed for such a purpose.

Sea Watch brought two actions for annulment of the confiscation before the Regional Administrative Court of Sicily. The NGO alleged, *inter alia*, that the inspections constituted a means to frustrate SAR activities conducted by Sea Watch in the Mediterranean.

3. *The content of the request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU*

The TAR filed two preliminary ruling requests to the ECJ, demanding clarifications on the interpretation of Directive 2009/16 on Port State Control, containing rules on maritime safety, and protection of the maritime environment, along with procedures on inspection and detention of vessels³. The requests were aimed at ascertaining whether the Directive is to be interpreted as applying to ships that, although classified and certified as cargo ships by the flag State, are systematically used by a humanitarian organization for non-commercial activities relating to the search and rescue of persons in distress at sea. In addition, the Italian Administrative Court asked the ECJ to clarify the conditions for implementing the monitoring, inspection, and detention mechanism provided for in Articles 11 to 13 and 19 of Directive 2009/16 with regard to humanitarian assistance ships subject to the jurisdiction of the port State. It also requested clarifications as to the consequences (if any) envisaged by the Directive in case of a SAR vessel carrying a higher number of persons than indicated in the safety certificate of the ship.

4. *The decision*

Preliminarily, the ECJ explained that the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) is binding on the European Union and its provisions form

³ Directive 2009/16/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on port State control (recast), OJ L 131/57, 23 April 2009.

an integral part of the EU legal order, enjoying primacy over acts of EU secondary legislation. The Court also recalled that Article 18(2) UNCLOS enables a ship that has rendered assistance to shipwrecked individuals to transit, stop, or anchor in the territorial sea of a coastal State.

That being said, the Court deemed that the ships subject to Directive 2009/16/EC on Port State Control include those which, although being classified and certified as cargo ships by the flag State (Germany classified the two *Sea Watch* vessels as general cargo/cargo multipurpose), are *systematically* used by a humanitarian organisation for non-commercial activities relating to the search and rescue of persons in danger at sea. Therefore, the Court established a distinction between occasional and systematic SAR activities. As a result, provisions such as Article 4(b) of the SOLAS Convention, containing exceptions to the general rules on safety of navigation for ships *exceptionally* engaged in SAR operations, are not applicable to ships *systematically* engaged in SAR activities (see *infra*).

Nonetheless, the Court considered some exceptions to be applicable in the event of port State controls carried out on humanitarian vessels. In particular, it explained that Article IV of the SOLAS Convention (Safety of Life at Sea Convention) should be considered when interpreting the EU Directive. This provision prescribes that “[p]ersons who are on board a ship by reason of *force majeure* or in consequence of the obligation laid upon the master to carry shipwrecked or other persons shall not be taken into account for the purpose of ascertaining the application to a ship of any provisions of the present Convention”. Thus, the ECJ concluded that the mere overcrowding – due to a SAR operation – does not constitute a permitted ground for a confiscation under EU law.

In addition, the Court clarified that the port State may subject NGO ships to inspections, pursuant to the Directive, *only as far as* that State has established, on the basis of detailed legal and factual evidence, that there are *serious* indications capable of proving that there is a danger to health, safety, on-board working conditions or the environment.

Furthermore, the ECJ explained that, where it is established that NGOs’ vessels classified as cargo ships may pose such a danger, the port State may not make the non-detention of such vessels or the lifting of the seizure subject to the condition that the ships hold certificates appropriate to SAR activities. On the contrary, the port State may impose corrective measures aimed at avoiding the detected threats. Such corrective measures must, pursuant to the decision of the Court, be suitable, necessary, and proportionate.

5. *Comment: the criminalization of humanitarian sea rescue*

As of spring 2020, many NGOs' vessels have been subject to inspections by the Italian Coast Guard⁴. The inspections are systematically followed by the administrative detention of the ships, justified by alleged violations of the international legal framework on the safety of navigation, the protection of marine environment and maritime labour⁵. NGOs have claimed that the detention of their vessels generates a humanitarian lacuna at sea, with more migrants losing their lives on the migratory route⁶. Accordingly, administrative detention of NGOs rescue ships is to be understood in the context of a systemic policy adopted by EU States – and in particular Italy – to curb migration flows⁷.

As underlined by law of the sea scholars, EU Member States' approach toward NGOs engaged in SAR operations has long been ambiguous⁸. On the one hand, the crucial lifesaving role of such organizations is generally acknowledged and praised. On the other hand, commentators and legal scholars are witnessing a progressive criminalization of these activities⁹.

In a speech to the European Parliament, in January 2023, EU Commissioner Johansson acknowledged the crucial role of NGOs in rescuing human lives at sea, underlining that effective search and rescue in the Mediterranean is essential¹⁰. The Commissioner forcefully stated that humanitarian assistance should not be criminalized and regretted that only nine EU Member States make explicit exception from punishment in case of humanitarian assistance¹¹.

⁴ F. DE VITTOR, *Il Port State Control sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, pp. 103-127.

⁵ G. MERLI, *Behind Italy's 'administrative detention' of refugee rescue vessels*, in *Il Manifesto*, 27 April 2021.

⁶ InfoMigrants, *Sea-Watch 3 rescue ship in administrative detention in Sicilian port*, 23 March 2021.

⁷ A. SMITH, *Uncertainty, alert and distress: the precarious position of NGO search and rescue operations in the Central Mediterranean*, in *Paix & Sécurité Internationales*, n. 5, January-December 2017, pp. 29-70.

⁸ F. DE VITTOR, *supra* at 4.

⁹ E. CUSUMANO, M. VILLA, *From 'Angels' to 'Vice Smugglers': The Criminalization of Sea Rescue NGOs in Italy*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, pp. 23-40.

¹⁰ European Commission, *Commissioner Johansson's speech at the Plenary debate on criminalisation of humanitarian assistance* [Speech], 19 January 2023.

¹¹ On this topic, please also see S. CARRERA, et al., *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update*, Study requested by the PETI committee, European Parliament, Brussels, December 2018.

6. *The absence of an international and European legal framework on privatized SAR activities*

Under a different perspective, the judgment reveals the difficulties caused by the absence of a European or international legal framework regulating SAR activities carried out by private entities – such as NGOs – despite, as acknowledged by the EU Commission in its Recommendation on SAR operations carried out by private entities¹², since 2015 “[a] new form of search and rescue operations in the European maritime landscape has emerged whereby vessels operated by NGOs in the Central Mediterranean Sea have been engaged, as their predominant activity, in search and rescue operations”. This legal lacuna entails the need, for State authorities, to refer to the framework on safety at sea and marine protection generally applicable to any seagoing vessel, such as Directive 2009/16, with foreseeable uncertainties, doubts and inconsistencies caused by an interpretation by analogy.

The absence of a legal framework governing humanitarian SAR activities also entails, as underlined by Advocate General Rantos in his conclusions¹³, that neither EU law nor international law provides a formal classification of ships carrying out SAR activities at sea. Thus, civil society ships are today classified under different vessel categories. For example, the *Mare Jonio* is classified as a towboat, the *Sea Watch* as a cargo ship, and the *Aita Mari* as a fishing vessel. As a consequence, it could be argued that the absence of specific rules entails that there are no prohibitions or legal obstacles to carrying out SAR activities, which are in line with precise international obligations. Certainly, such an interpretation would greatly facilitate the mission of NGOs conducting SAR activities at sea.

However, it is useful to recall that the lack of a dedicated international legal framework is motivated by the fact that, before 2015, SAR operations carried out by private entities were perceived as an accidental and exceptional event, as such contemplated by the SOLAS Convention in Article 4(b), by the IMO guidelines (Section 4 of the appendix to Resolution MSC.167 (78)), and by the MARPOL Convention. Therefore, in the event of the (much needed) adoption of a specific legal discipline on NGOs’ SAR activities, it will be necessary to decide whether the respect of the duty to rescue at sea justifies

¹² Commission Recommendation (EU) 2020/1365 of 23 September 2020 on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities, OJ L 317/23, 23 September 2020.

¹³ Opinion of Advocate General Rantos, delivered on 22 February 2022, in Joined Cases C-14/21 and C-15/2021.

a “standing” exception to the safety standards contained in the relevant legislation, or whether specific safety standards should be applied in the case of privatized SAR operations.

Furthermore, the SAR and disembarkation activities carried out within the SAR regions of EU Member States are not covered by a common EU legal framework because, as the EU Commission has consistently emphasised¹⁴, SAR is not an EU competence, although the Commission has been repeatedly trying to find a harmonised approach on the matter. Therefore, it will be up to the Member States to reach a compromise on this subject matter, with a view to achieving a common approach and, hopefully, a political agreement on a set of guidelines on search and rescue at sea (and on the safety standards applicable to NGOs’ vessels operating SAR).

7. *Is there a difference between occasional and systematic SAR activities?*

One last point to address is linked to the distinction between occasional and systematic SAR activities. In fact, the ECJ introduced a differentiation between vessels conducting SAR operations incidentally, that is, as an exceptional event in the course of their navigation, and those systematically involved in humanitarian sea rescue. On the one hand, ships *exceptionally* involved in a rescue operation are deemed to fall within the exception to the standards of safety in navigation provided by the SOLAS Convention in Article 4(b), by the IMO guidelines (Section 4 of the appendix to Resolution MSC.167 (78)) and by the MARPOL Convention. On the other hand, the Court affirms that vessels *systematically* carrying out SAR operations fall outside the scope of application of the above-mentioned derogation. As a result, it may be argued that the Court introduced a distinction, for the purpose of the application of derogations to the standards on safety in navigation, between a so-called “occasional” SAR activity and an institutional and systematic activity aimed at protecting human life at sea.

Remarkably, the decision of the Court embraces the Italian approach, explained in the letters that Italian authorities sent in January 2020 to the flag States’ of the impounded vessels¹⁵. In the letters, Italian coastal authorities explain that the derogation contained in the SOLAS and MARPOL Conven-

¹⁴ A. BRZOWSKI, *Commission, experts call for code of conduct on migrant sea rescues*, in Euractiv, 28 April 2020.

¹⁵ F. DE VITTOR, *Questioni di interpretazione e applicazione delle convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare: Il fermo amministrativo della nave Sea-Watch 4 al vaglio della giustizia amministrativa siciliana*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XXI, Special Issue (July), 2021, pp. 103-115.

tions is not applicable to NGOs' vessels "since the ship is providing a regular service [therefore Italian authorities] consider the provision on "force majeure" and "exceptions" contained in SOLAS and MARPOL Conventions respectively to not be applicable".

A strictly literal interpretation of the SOLAS Convention, the IMO guidelines and the MARPOL Convention, however, demonstrates that these legal instruments do not envisage any difference between an occasional SAR activity and a systematic one, giving absolute priority to the fulfilment of the obligation to provide assistance to persons in distress at sea. In addition, the exemption from the application of certain conventional rules in case a ship is engaged in SAR activities is explicitly mentioned in the IMO Guidelines on the Treatment of persons rescued at sea. As a matter of fact, such a derogation responds to the need to strike a balance between the safety of navigation, health, on-board working conditions or the environment, on the one hand, and the protection of human life in the high seas¹⁶. Therefore, if the aim of such an exemption is represented by the need to facilitate the provision of assistance to persons shipwrecked at sea, the mentioned derogation should be applied regardless of the circumstance that a vessel carries out life-saving activities on a systematic or exceptional basis.

Further, although the Court explicitly required that port authorities demonstrate the existence of "serious indications of a danger to health, safety, on-board working conditions or the environment" before carrying out a thorough inspection on board of a SAR vessel, it failed to specify what could be considered as a serious indicator of such dangers. Thus, the judgment leaves a door open to numerous possible interpretations on the part of different port authorities and States. Who will oversee the "seriousness" of the indications invoked by State authorities? The potential for new litigation is immense. In fact, as explicitly provided by Directive 2009/16, the owner of a ship that is detained on the basis of such a Directive has the right to challenge the detention order and the remedy must be guaranteed by the law of the port State.

8. *Conclusion: the necessity of a homogeneous legal framework on privatized SAR activities*

The ECJ delivered a crucial judgment, not only because of its potential legal consequences and future applications, but also because it unveiled the un-

¹⁶ L. GENNARI, *Navi in porto, naufraghi nel Mediterraneo: La dimensione amministrativa del contrasto alle operazioni di soccorso*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XXI, Special Issue (July), 2021, pp. 83-101.

certainties surrounding the issue of privatized SAR operations. Nonetheless, given the above-mentioned limits to EU competences, as well as the division of competences between EU institutions, it must be borne in mind that the ECJ cannot act as a legislator, autonomously filling the legal *lacunae* in the EU legal order. Rather, it is up to the Member States to reach a political agreement and enact specific legislation applicable to all the private vessels conducting SAR in the Mediterranean. However, as noted in the academic literature¹⁷, neither EU law nor State legislation providing for specific safety requirements applicable to NGOs' vessels could limit the shipmaster's obligation to render assistance to anyone in distress at sea.

¹⁷ F. DE VITTOR, *supra* at 15.

DEFINIZIONE DI “PLACE OF SAFETY”
NELLA MATERIA DEI SOCCORSI IN MARE:
SIAMO DI FRONTE A UNA SVOLTA INTERPRETATIVA?
BREVI RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA
DEL TAR LAZIO SEZ. III, 19 GIUGNO 2023, N. 10402

Filomena Pisconti*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 2. La competenza del Ministero dell’Interno nella scelta del *Place of safety*. – 3. Porto vicino e porto sicuro: quale svolta interpretativa? – 4. Riflessioni conclusive sulla perimetrazione del soccorso tra obblighi del comandante e degli Stati.

1. *Fatti di causa e decisione*

I provvedimenti di gennaio 2023, con i quali le autorità italiane avevano assegnato i porti di Ancona e La Spezia alla nave *Geo Barents*, per le due operazioni di salvataggio operate in acque libiche, non presentano profili di illegittimità: lo ha stabilito il TAR Lazio, respingendo due ricorsi della ONG e ribadendo come sia «evidente ed innegabile» riconoscere al Viminale il potere di assegnare il porto, in quanto le operazioni di soccorso, oltre al salvataggio delle vite in mare, «coinvolgono aspetti di corretta organizzazione e allocazione delle persone soccorse nonché della loro accoglienza».

Decisiva per il rigetto dei ricorsi è stata la ricostruzione interpretativa del concetto di POS: secondo il TAR, infatti, la nozione di “porto sicuro” non coincide necessariamente con quello più vicino alla zona di soccorso, non essendovi coincidenza tra le due nozioni in nessuna definizione valida a livello di trattati.

Questi brevemente i fatti: nei giorni tra il 4 e l’11 gennaio 2023 e, successivamente, tra il 24 e il 27 gennaio 2023, la nave *Geo Barents*, battente bandiera norvegese e noleggiata da *Médicins sans Frontières*, effettuava dei soccorsi in acque internazionali, nella zona SAR libica.

Una volta richiesto il porto sicuro (o *Place of safety*, POS), le autorità italiane indicavano rispettivamente i porti di sbarco di Ancona e La Spezia, così

* Ricercatrice di Diritto penale presso il Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, cultura”, Università degli Studi di Bari “A. Moro”.

costringendo la nave soccorritrice a dirigersi verso questi luoghi certamente più lontani rispetto ad altre destinazioni più prossime al luogo di soccorso.

Presentati i ricorsi (n. 1180 e 1678 del 2023) da parte dell'Associazione *Artsen Zonder Grenzen* contro il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Comando delle Capitanerie di Porto-Guardia Costiera, il TAR Lazio si è pronunciato lo scorso 19 giugno 2023¹ con una decisione di rigetto e di condanna alle spese, ritenendo validi i criteri applicati da parte delle autorità italiane ai fini delle scelte nell'assegnazione dei porti di sbarco.

2. *La competenza del Ministero dell'Interno nella scelta del Place of safety*

La prima questione affrontata dal TAR Lazio riguarda la competenza (esclusiva) del Ministero dell'Interno nella designazione del luogo di sbarco.

Il presupposto argomentativo da cui parte il ragionamento del giudice è quello secondo cui le operazioni di soccorso sono inquadrare nel contesto più ampio della efficace e ordinata gestione del fenomeno migratorio e non possono prescindere dalle valutazioni di corretta organizzazione, allocazione e successiva accoglienza delle persone soccorse, di competenza decisoria del Ministero dell'Interno.

A sostegno della tesi argomentativa, vengono richiamati: i) le SOP (*Standard operational procedures*) del 2015, che evidenziano il ruolo fondamentale del Viminale nella individuazione del POS; ii) l'art. 1 della l. n. 121/1981, che riconosce la responsabilità dello stesso Ministero della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; iii) gli articoli del D.lgs. 286/1998 nn. 10-ter (sul trattamento del migrante irregolare nei punti di crisi), 11 (che attribuisce allo stesso Ministero compiti di controllo delle frontiere), 12 (riferito alle funzioni di impulso e coordinamento delle attività di contrasto dell'immigrazione illegale via mare e delle attività in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri); iv) il d.lgs. n. 142/2015, che attribuisce al Ministero le funzioni di gestione dell'accoglienza dei migranti, anche ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale.

La centralità del ruolo del Ministero dell'Interno è riconosciuta dalla norma che prevede il potere di valutazione – pur di concerto con altri ministeri – della conformità del soccorso alle regole di condotta stabilite dall'art. 1, comma 2-*bis* del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (recentemente modificato da d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, conv. in l. 15/2023), che legittima, in caso di non con-

¹ TAR Lazio, sez. III, sentenza del 19 agosto 2023, n. 10402.

formità, l'esercizio del potere interdittivo del transito o della sosta nel mare territoriale per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

Nel ragionamento del TAR, spetta al Ministero dell'Interno valutare le possibili ricadute dello sbarco sulle strutture locali di accoglienza e sull'ordine pubblico nazionale e locale, nonché stabilire il luogo anche in base alle valutazioni tecniche del Comando Generale della Capitaneria di Porto, in relazione agli aspetti tecnico-nautici e di sicurezza della navigazione e portuale.

Il TAR non ritiene violato il punto 370 del Piano SAR Marittimo nazionale del 2020, approvato con D.M. del 4 febbraio 2021, n. 45, che, infatti, fa salve le disposizioni di cui all'art. 10-ter del TUIM, attribuendo rilievo alla competenza del Ministero dell'Interno già a partire dalla designazione del POS.

In realtà, ponendosi in un'ottica critica rispetto alle deduzioni argomentative del Tribunale, il richiamato art. 10-ter TUIM non assegna al Ministero dell'Interno una competenza esclusiva nella individuazione del POS per soggetti già sbarcati sul territorio nazionale e condotti presso appositi punti di crisi, ma, semmai, riconosce una competenza concorrente con quella di altri ministeri.

L'art. 5-bis del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni dalla l. n. 50/2023 (che ha modificato il già menzionato art. 10-ter), invece, riconosce poteri di trasferimento al Ministero dell'Interno, delegati ai prefetti, con riferimento a cittadini *stranieri già sbarcati ed entrati nel territorio nazionale*, anche a seguito di operazioni di soccorso in mare, ma non anche ai naufraghi che si trovano a bordo della nave soccorritrice.

Il richiamato art. 1 della l. n. 121/1981, inoltre, non individua una competenza esclusiva del Ministro dell'interno nell'assegnazione del POS, essendo indicato solo come organo responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

L'esercizio del potere interdittivo del Ministro di cui al d.l. 21 ottobre 2020 n. 130 ricorre, poi, solo quando vi sia un comportamento del comandante della nave non conforme agli obblighi di condotta e di comunicazione stabiliti a suo carico; non si comprende fino in fondo il riferimento fatto a questa norma, giacché tale violazione non viene contestata nel caso di specie.

In base al paragrafo 220.1 del Piano nazionale SAR del 2020, infine, l'autorità nazionale responsabile dell'esecuzione della Convenzione SAR di Amburgo del 1979, e dunque del completamento delle operazioni di soccorso fino allo sbarco a terra, è il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti pro-tempore e, allo stesso modo, il punto 370 afferma che il luogo sicuro è determinato in virtù delle direttive e delle linee guida dello stesso Ministero.

Il rinvio al punto 110 del Piano che richiama, con riferimento alle mass rescue operations, l'art. 10-ter TUIM sembrerebbe, infatti, del tutto ultroneo.

3. *Porto vicino e porto sicuro: quale svolta interpretativa?*

Prima di analizzare quanto affermato dal TAR in merito sulla individuazione del POS, si richiama la normativa esistente sul punto.

Le Risoluzioni dell'IMO (International Maritime Organization) MSC 153-78 e MSC 155-78, che intervengono sulle Convenzioni SOLAS e SAR, definiscono "luogo sicuro" il posto in cui si considerano terminate le operazioni di salvataggio e ricerca.

Nella Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del 21 giugno 2011 n. 1821 il Consiglio d'Europa afferma che il parametro di "sicurezza" non è rappresentato dalla sola protezione fisica delle persone, ma è comprensivo anche del rispetto dei diritti umani (punto 5.2).

La risoluzione dell'IMO MSC 167-78 del 2004, che reca nuove *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, certamente definisce un luogo sicuro una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse e, soprattutto, dove: i) la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; ii) le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; iii) può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale (par. 6.12). Le linee guida, inoltre, riconoscono come POS temporaneo la nave che presta assistenza e che dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative (par. 6.13).

L'aver previsto uno specifico obbligo per lo Stato responsabile della zona SAR di adoperarsi affinché le persone soccorse vengano condotte in un luogo sicuro rappresenta un fondamentale punto di svolta perché, con l'entrata in vigore degli emendamenti, risulta gravato di un più incisivo obbligo di risultato e non solo di un obbligo di condotta o di cooperazione.

Gli emendamenti e le linee-guida insistono sul ruolo attivo che lo Stato costiero deve assumere nel liberare la nave intervenuta dal "peso" della gestione a bordo delle persone soccorse.

Fatte queste premesse, nel caso di specie, le ricorrenti ritenevano che i luoghi assegnati fossero troppo lontani dalla zona del soccorso, invocando la regola 33 del par. 1.1. della Convenzione SOLAS, emendata dalla risoluzione 25/5/2004 MSC 153-78, che enuncia la necessità di uno sbarco «non appena ragionevolmente praticabile», e il par. 3.1.9 del Cap. III della Convenzione SAR, emendata dalla stessa 20/5/2004 MSC 153-78, che enuncia la necessità di uno sbarco «non appena ragionevolmente possibile».

Queste condizioni si verificerebbero solo in caso di assegnazione di luoghi sicuri vicini al posto del soccorso.

Il TAR precisa, come rilevato in dottrina², che in nessuna interpretazione di POS, né nelle norme internazionali esistenti porto sicuro e porto vicino coincidono.

Le Convenzioni internazionali marittime non dettano sul punto indicazioni precise: i trattati definiscono in senso negativo la nozione di luogo sicuro «connotata con formulazioni ampie ed elastiche» (p. 27), lasciando, dunque, un certo margine di discrezionalità nella designazione. Non vi è norma che indichi con precisione la distanza dal POS, né i giorni di navigazione necessari e accettabili.

Sul punto non è peregrino affermare che le norme devono essere applicate secondo il loro obiettivo: il primo è quello di mettere le persone in sicurezza, che rende necessario che lo sbarco si verifichi il prima possibile; il secondo, invece, è quello di liberare la nave dalle persone soccorse il prima possibile, perché possa operare di nuovo nel soccorso in mare.

Sul punto, infatti, il TAR evita di evidenziare come, secondo le fonti internazionali, le operazioni di soccorso si debbano perfezionare con lo sbarco in un luogo sicuro nel minor tempo e con la minore deviazione possibile da parte dell'unità di soccorso e che gli Stati devono assicurare il coordinamento e la cooperazione necessari affinché i capitani delle navi che prestano assistenza siano dispensati dai loro obblighi e si discostino il meno possibile dalla rotta prevista³.

Il giudice amministrativo si limita a escludere che nel concetto di porto sicuro sia ricompreso quello di *vicinitas* fisica fra luogo del soccorso e dello sbarco: la corretta individuazione della nozione di porto sicuro deve tener conto soprattutto di altri fattori, quali la celere assegnazione, il pronto soccorso dei migranti, la situazione concreta a bordo, gli aspetti logistici legati alla necessità di non congestionare i territori di sbarco.

Il giudice amministrativo, infine, segnala come lo Stato italiano non avesse avuto alcun obbligo di fornire un POS, avendo soccorso una nave battente bandiera norvegese al largo delle coste libiche e, quindi, in acque extraterritoriali.

L'obbligo di individuare il POS ricade sullo Stato costiero nella cui area SAR è stato effettuato il soccorso che, nel caso di specie, è la Libia; in assenza di indicazioni, tale onere, secondo il TAR, spetterebbe allo Stato di bandiera,

² Cfr. F. TUMMINELLO, *Soccorso in mare: i concetti di “porto sicuro” e “porto vicino” nel diritto internazionale*, in *Ius in Itinere*, 10 agosto 2019.

³ Cfr. Convenzione SAR, Cap. III, par. 3.1.9 e Convenzione SOLAS, Cap. V – Reg. 33, par. 1.1.

che avrebbe dovuto attivare i meccanismi di cooperazione delle fonti internazionali.

L'autorità italiana ha agito a tutela dei trasportati in una situazione di inerzia sia dello Stato costiero, sia dello Stato di bandiera della nave, e ha scelto i due porti «nel primario interesse dei migranti a fruire di condizioni di accoglienza decorose» (p. 34).

Secondo il TAR, la Norvegia, Stato di bandiera, avrebbe dovuto fornire direttive per l'individuazione del POS, sia per l'obbligo di cooperazione previsto dalle convenzioni internazionali, sia perché titolare della giurisdizione esclusiva in alto mare sulle questioni di carattere tecnico, amministrativo e sociale.

Tuttavia, sul punto si evidenzia che la Grande Sezione della Corte di Giustizia UE nella sentenza del 1° agosto 2022, precisava che lo Stato di bandiera deve sì essere informato tempestivamente dal comandante della nave e deve prestare ogni assistenza possibile in collaborazione con gli Stati costieri, ma, in nessun caso, il comandante può essere obbligato a un POS dello stesso Stato di bandiera.

Nello stesso senso, il Tribunale dei Ministri di Palermo nel caso *Open Arms*⁴ escludeva che «lo Stato di “primo contatto” si identifichi con quello di bandiera della nave che ha provveduto al salvataggio; tale individuazione, invero, confligge innanzitutto con la stessa lettera del testo normativo di riferimento, ovvero la Risoluzione MSC 167-78, che al punto 6.7 fa esplicito riferimento al “primo RCC contattato”, esigendo, dunque, che il “contatto” sia realizzato con il centro di coordinamento per le attività di ricerca e soccorso costituito, in ottemperanza alle linee guida IMO».

Secondo la Raccomandazione della Commissione europea del 23 settembre 2020 n. 1365, infine, lo Stato di bandiera ha una responsabilità relativa al controllo dei requisiti ai fini della registrazione delle navi, ma che non si estende fino all'assegnazione dell'obbligo di indicare un porto di sbarco sicuro.

4. *Riflessioni conclusive sulla perimetrazione del soccorso tra obblighi del comandante e degli Stati*

L'assegnazione di porti di sbarco ingiustificatamente lontani contraddice il principio di cooperazione *ex bona fide* e solidarietà internazionale tra gli Stati in materia di soccorsi: l'evidente intento di scoraggiare le attività di soccorso

⁴ Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *La richiesta di autorizzazione a procedere sul caso Open Arms (1-20 agosto 2019). Nota a Tribunale di Palermo. Collegio per i reati ministeriali*, in *Giustizia Insieme*, 30 gennaio 2020.

induce a chiedersi se la scelta di individuare porti “gravosi” e “vessatori” rispetti i diritti umani dei naufraghi.

Nell’attesa di comprendere l’impatto di questa decisione sul futuro dei soccorsi⁵, la pronuncia in esame aderisce comunque all’orientamento della Cassazione sul caso *Rackete* del 16 gennaio 2020⁶: la designazione del POS costituisce adempimento strettamente necessario per garantire l’effettività dello sbarco, in virtù di quella richiamata interpretazione di soccorso, come insieme «unitario e integrato di fasi e operazioni che vanno dal recupero dei migranti in mare al loro sbarco in un luogo sicuro».

L’interpretazione garantista della sentenza *Rackete*⁷, come noto, ha ricostruito il dovere accessorio di sbarco a partire da una serie di disposizioni nazionali e internazionali che, pur non prevedendolo *expressis verbis*, rinforzano la posizione di garanzia del comandante della nave, cui spettano le funzioni che attengono alla “salvezza” delle cose e delle persone a bordo⁸.

Le responsabilità del comandante nei soccorsi in mare riguardano sia profili connessi alla violazione dei diritti umani che di diritto penale.

Dal lato del diritto penale, oltre alle responsabilità omissive presenti nel Codice della Navigazione degli artt. 489, 490, 1113 e 1158 (R.d. 30 marzo 1942 n. 327), si riscontra un progressivo utilizzo, in relazione alle altre responsabilità individuali ipotizzate all’interno dei processi che coinvolgono le ONG, delle scriminanti dello stato di necessità ex art. 54 c.p. per le attività poste in essere durante il soccorso e dell’adempimento del dovere, ex art. 51 c.p., per lo sbarco dei migranti in un POS⁹. Questi aspetti, in generale, affian-

⁵ Per altri commenti sulla sentenza cfr. Id., *Dal Tar Lazio un colpo di spugna sugli obblighi di soccorso in mare?*, in *ADIF*, 21 giugno 2023; A. PAPPALARDO, “My2legalcents” in materia di operazioni SAR di navi di ong: place of safety e l’“efficace gestione dei flussi migratori”, in *Iustopia*, n. 6/2023.

⁶ Cfr. Cass. Pen., sez. III, sentenza del 20 febbraio 2020, n. 6626.

⁷ Cfr. 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*, n. 4/2020.

⁸ Cfr. F. PISCONTI, *Lineamenti penalistici dei soccorsi in mare nei decreti “Piantedosi”*, in *Archivio penale*, n. 3/2023; F. R. PARTIPILO, *La chiusura dei porti alle navi umanitarie nel diritto internazionale: diritti ed obblighi di Stati e capitani*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2022; M. CARTA, *Tutela dei diritti umani e obblighi di soccorso in mare: qualche considerazione sul ruolo del comandante della nave*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 5/2021; M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, n. 1/2019.

⁹ Cfr. 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 *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2020.

cano il dibattito sulla estensione della posizione di garanzia del comandante della nave che, nel diritto penale della navigazione, segue il modello di verticalizzazione della responsabilità, secondo cui l'organo di vertice è il soggetto potenzialmente chiamato a rispondere di qualsiasi evento lesivo occorso nella traversata, durante il salvataggio e la successiva conduzione dei naufraghi in un porto sicuro.

Dal punto di vista dei diritti umani, la cornice giuridica dell'obbligo è controversa perché l'adempimento del dovere di soccorso è condizionato dal raggiungimento dell'accordo degli Stati per l'individuazione del POS.

Il dovere di sbarco ermeneuticamente ricostruito impone al comandante di condurre i naufraghi in un POS nel modo quanto più celere possibile.

Il quadro giuridico nazionale, europeo ed internazionale non consente di conoscere *a priori* lo Stato obbligato a consentire lo sbarco, essendo la designazione frutto di un leale accordo tra gli Stati; il comandante, pertanto, non può far affidamento su una destinazione certa e predeterminata ma, allo stesso tempo, condurre i naufraghi in un POS significa valutare se lo Stato potenzialmente ospitante rispetti o meno i diritti umani dei trasportati e non violi l'obbligo di *non refoulement* e il divieto di espulsioni collettive; da queste valutazioni, certamente, quelle non di facile risoluzione della raggiungibilità dei porti in un tempo ragionevole e con "la minima deviazione possibile" non sono escluse.

Ad ogni modo, il fine di «non congestionare alcuni territori», utilizzato dal giudice amministrativo per avallare la decisione governativa di precludere lo sbarco in porti vicini, rischia di piegare i capisaldi delle convenzioni internazionali a esigenze di carattere amministrativo-logistico, ritenute preminenti e funzionali a una gestione dei flussi organizzata, equa e sostenibile.

LA DIGITALIZZAZIONE NELLA GESTIONE DEI FLUSSI

THE SOLIDARITY PLATFORM:
RE-DESIGNING OPERATIONAL COOPERATION
WITHIN THE EU MIGRATION POLICY

Marco Gerbaudo*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The Solidarity Platform. – 3. The political will and legal and operational flexibility behind the Solidarity Platform. – 4. Conclusion: is there a future for the Solidarity Platform?

1. *Introduction*

Operational cooperation is a form of intra-EU assistance which, albeit less studied or known to the public than financial assistance or relocation¹, has gained increased relevance in the EU migration policy, especially after the 2015 “migration crisis”.

Operational cooperation consists of the creation of networks and interlinks between EU and national actors for multiple purposes: information-sharing, data collection and operational support². The role of EU institutions in making operational cooperation in the field of migration effective is twofold. First, two EU Agencies are responsible for supporting Member States in managing migration flows: Frontex aids national border and coast guards in monitoring border crossings and addressing migratory challenges, while the European Union Agency for Asylum (EUAA) helps Member States to apply asylum procedures uniformly and efficiently. Second, the EU is the forum where Member States gather to share information and requests: under the coordination of EU institutions, several platforms have been designed to set up coordination efforts to collectively manage a common challenge such as migration.

The next paragraphs focus on the latest developments in the use of data and information exchange platforms as vehicles of intra-EU operational cooperation. The focus of the analysis is the Solidarity Platform, a recently estab-

* Dottorando in Legal Studies – Curriculum “International and European Law”, Università Bocconi.

¹ G. LANG, *Is There Solidarity on Asylum and Migration in the EU?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n. 9/2013.

² More information on operational solidarity here: D. FERNÁNDEZ-ROJO, *EU Migration Agencies: The Operation and Cooperation of FRONTEX, EASO and EUROPOL*, Cheltenham, 2021.

lished mechanism supporting the EU coordinated response to the Ukrainian humanitarian crisis and the uniform implementation of the Temporary Protection Directive (TPD)³. Can the Solidarity Platform be the blueprint for a more effective and rounded model of operational coordination within the EU migration policy?

2. *The Solidarity Platform*

When Russia launched the full-scale invasion of Ukraine on 24th February 2022⁴, a mass influx of people escaping violence crossed the EU external borders, with over 3.6 million border crossings in the first month of the war⁵. Faced with an unprecedented migratory situation, the EU took swift action, activating the TPD within days since the beginning of the war⁶.

On top of the unprecedented activation of the Directive⁷, providing Ukrainian refugees with immediate protection and *de facto* freedom of movement within the Union, the EU launched the Solidarity Platform. The platform aimed at facilitating cooperation between national authorities and relevant stakeholders to ensure the smooth implementation of temporary protection across Europe.

The platform's legal basis is Article 27 TPD, which requires Member States "to take all the appropriate measures to establish direct cooperation and an exchange of information between the competent authorities"⁸. To fulfil this task, recital 20 of the Council Implementing Decision announced the creation of a Solidarity Platform, where Member States, coordinated by the Commission, could "exchange information regarding their reception capac-

³ M. INELI-CIGER, *EU temporary protection directive*, in M. INELI-CIGER (ed.), *Temporary Protection in Law and Practice*, Leiden, 2018, pp. 149-167.

⁴ G. TERRANOVA, *La crisi umanitaria ucraina tra geopolitica e nuove frontiere dell'asilo*, in G. DEL TURCO e altri (a cura di), *Annuario ADiM 2022*, Napoli, 2023.

⁵ UNHCR, *Ukraine situation: Flash Update #5*, 2022, available here: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/91589>.

⁶ COUNCIL IMPLEMENTING DECISION (EU) 2022/382 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection [2022] OJ L 71-1.

⁷ M. GERBAUDO, *Temporary Protection: Which Future in The EU Migration Policy?*, in *Quaderni AISDUE 1/2023*, vol. 1, Napoli, 2023, pp. 249-262.

⁸ COUNCIL DIRECTIVE 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [2001] OJ L 212-12.

ities and number of persons enjoying temporary protection in their territories”⁹. The Platform was not conceived as a standalone, independent mechanism, but rather as an overseeing mechanism grouping data and information gathered on other platforms, as the EU Migration Preparedness and Crisis Management Network (Blueprint Network)¹⁰ and the integrated political crisis response (IPCR) arrangements¹¹.

Recital 20 of the Implementing Decision is the only hard law reference to the Solidarity Platform. The functioning of the platform, whose details are restricted to the public, is regulated entirely by soft law. The soft law nature of the mechanism is key in ensuring Member States’ support in its operations, given the well-known reluctance of national governments to limit their discretionary powers in a sensitive area such as migration (see the never-ending quest to reform the Dublin System)¹². However, much information on its main features was outlined by the Commission in the Communication published one year after the activation of the TPD¹³.

The Platform groups several national, EU and extra-EU and international actors¹⁴ and pursues two general objectives: one, to provide “a framework for regular exchanges and [to] ensure coherence between existing fora at EU level”. Second, to increase “the overall preparedness at EU level by developing contingency measures in case of increased arrivals from Ukraine”¹⁵.

To achieve such objectives, the platform is organised into sub-groups. The first and main sub-group concerns the collection of accurate data, achieved with the interplay of several actions. First, the Solidarity Platform oversees the activities of the already existing migration-related databases. These databases work in full complementarity, with the Solidarity Platform ensuring coherence between them. Second, the Platform is the forum where relevant EU Agencies

⁹ Council Implementing Decision n. 6.

¹⁰ COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2020/1366 on an EU mechanism for preparedness and management of crises related to migration [2020] OJ L 317-26.

¹¹ COUNCIL IMPLEMENTING DECISION (EU) 2018/1993 on the EU Integrated Political Crisis Response Arrangements [2018] OJ L 320-28.

¹² F. MAIANI, *A “Fresh Start” or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact, in EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <https://eumigrationlawblog.eu/a-fresh-start-or-one-more-clunker-dublin-and-solidarity-in-the-new-pact/>, 2020.

¹³ COMMISSION COMMUNICATION, *Temporary protection for those fleeing Russia’s war of aggression against Ukraine: one year on*, COM/2023/140 final.

¹⁴ Most notably, the UNHCR and the International Organization for Migration (IOM), as well as Ukrainian and Moldovan authorities, are part of the platform.

¹⁵ Commission Communication, n. 13.

share their data and information: EUAA¹⁶ is responsible for collecting data on daily registrations for temporary protection; Frontex¹⁷ provides timely information on the situation at the border and supports frontline Member States in managing border-crossing; and the Fundamental Rights Agency provides information on the implementation of the Temporary Protection Directive in several Member States¹⁸. The interagency cooperation is a model already introduced by the “hotspot approach” during the 2015 “migration crisis”¹⁹: there, the EU agencies had not only information sharing functions, but they supported Italy and Greece by deploying their staff in the hotspots. Also, international organisations such as UNHCR and IOM contribute to the data collection on the Solidarity Platform. Lastly, a Temporary Protection Registration Form was launched on 31st May 2022, enabling 25 Member States to exchange information on beneficiaries of temporary protection, making real-time data available and detecting double registrations within the same Member State and across the EU.

Another sub-group of the Solidarity Platform is the one on resettlement and cooperation with third countries. Resettlement from Moldavia, whose reception capacity is constantly overstretched due to its proximity to Ukraine, has been a priority of the Solidarity Platform since the beginning. According to data published in the Communication and updated to mid-February 2023, “12 EU Member States, as well as Norway, Liechtenstein, Switzerland, and Iceland made pledges to welcome 17 870 people transiting through the Republic of Moldova. [...] A total of 2 377 persons have been transferred”²⁰. These numbers are encouraging, even though they reflect the well-known discrepancy between pledges and effective transfers already witnessed in past relocation plans²¹. Concerning cooperation with other third countries, an “international leg” of the Solidarity Platform, involving the United States, Canada and the

¹⁶ More information available here: <https://euaa.europa.eu/executive-summary-asylum-report-2022/temporary-protection-displaced-persons-ukraine>.

¹⁷ More information available here: <https://www.frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/ukraine-frontex-support-to-member-states-PAEQqq>.

¹⁸ More information available here: <https://fra.europa.eu/en/news/2022/how-do-eu-countries-apply-eu-temporary-protection-directive>.

¹⁹ E. TSOURDI, *Hotspots and EU Agencies: Towards an Integrated European Administration? – EU Immigration and Asylum Law and Policy*, in *EU migration law blog*, <https://eumigrationlawblog.eu/hotspots-and-eu/>, 2017.

²⁰ Commission Communication n. 13.

²¹ EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Asylum, relocation and return of migrants: Time to step up action to address disparities between objectives and results*, Special Report n. 24, 2019.

United Kingdom, was created. This international dimension of the platform is aimed at exchanging information on the different protection schemes in place and at discussing contingency planning and assistance.

Within the Solidarity Platform, further sub-groups targeting a wide range of issues have been designed, from anti-trafficking to border management, the protection of minors, access to education and work, voluntary returns to Ukraine and onward movements within the EU.

The Commission's assessment of the overall functioning of the Solidarity Platform was extremely positive: the institution indeed shared the consensus of Member States and stakeholders in considering the Solidarity Platform a good practice to replicate in the future²².

3. *The political will and legal and operational flexibility behind the Solidarity Platform*

The combination of legislative and operational mechanisms allowed the EU to efficiently manage the mass influx of persons fleeing Ukraine. Thanks to the TPD, by the end of 2023 over 4.2 million residence permits for temporary protection have been issued, granting immediate access to the EU territory and the enjoyment of a set of rights and guarantees to its beneficiaries²³. In addition, the Solidarity Platform became the control room where the implementation of the TPD is constantly monitored, and all relevant actors are gathered to address arising challenges via cooperation and exchange of information and data. Two elements made it possible for the Solidarity Platform to successfully emerge as the vehicle of operational coordination behind the TPD: the political will of the Member States to act together and the legal and operational flexibility of the mechanism.

The collective political will to fully implement the TPD via cooperation is the key behind the solidaristic features of the mechanism: Member States are brought together within the Solidarity Platform to abide by the principle of solidarity, stemming from article 80 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The platform is an expression of operational solidarity, where coordination at EU level is conceived as a way for the EU to grant immediate and direct support to Member States in need. The Solidarity

²² Commission Communication, n. 13.

²³ EUROSTAT, *Temporary protection for persons fleeing Ukraine - monthly statistics*, available here: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Temporary_protection_for_persons_fleeing_Ukraine_-_monthly_statistics.

Platform not only implements such a model of solidarity, but it expands its scope.

The Platform reunites EU institutions and Member States together with third countries (Schengen Associated countries, Ukraine and Moldova) and international organizations (UNHCR, IOM). Through the platform, third countries are involved in the decision-making process on how to react to the Ukrainian humanitarian crisis. This level of involvement is a *unicum* in the EU framework, allowing the Solidarity Platform to take advantage of the close contacts with the actors involved in the Ukrainian humanitarian crisis to tailor the response to the ever-changing migratory situation. In particular, the platform is a vehicle of solidarity allowing for Ukrainian resettlements both from and to third countries. On one side, on the Solidarity Platform the Moldavian authorities can signal the Ukrainian refugees in the most urgent need for resettlement and the EU can launch a pool to identify the Member States eligible for resettlement. On the other side, the international leg of the platform facilitates the establishment of secure pathways towards non-EU countries such as Canada and the United Kingdom, where Ukrainian refugees can reunite with their families and communities. By diversifying the stakeholders involved, the Solidarity Platform merges intra and extra-EU operational solidarity, improving information exchange and allowing quick decision-making²⁴.

Furthermore, the operational solidarity performed by the Solidarity Platform is multipurposed, stretching far beyond the sole emergency response. The cooperation and exchange of information enabled by the mechanism were originally purposed to support the Member States in better equipping their reception systems to sustain the increased arrivals from Ukraine. With the prolongation of the conflict, the platform adopted new initiatives building upon crisis control. First, the platform facilitates the fair share of responsibilities among Member States, identifying the areas where a rebalancing action is required: while the “free choice” model introduced by the TPD helped the migratory pressure Member States to be more equally distributed²⁵, the platform is the forum where any eventual disequilibrium can be addressed. The Solidarity Platform was indeed designed also to help organise “the transfers from Member States under most pressure to those with suitable reception

²⁴ H. HAHN, *Keeping a Cool Head: How to Improve the EU Migration Crisis Response*, European Policy Centre – Discussion Paper, 2022.

²⁵ S. PEERS, *The Odd Couple: Free Choice of Asylum and Temporary Protection*, in *EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2022/05/the-odd-couple-free-choice-of-asylum.html>, 2022.

capacity”²⁶. While there is no information on such intra-EU relocations taking place, the platform has for sure supported “the coordination of the [intra-EU] transfer of unaccompanied children to family and community-based care as needed”²⁷. Second, the Security Platform has coupled the emergency response with a more forward-looking objective, aiming at increasing the overall preparedness of the EU to face not only the current situation but also future increased arrivals. This way, the mechanism not only mitigates the unbalanced effects of the humanitarian emergency, but it strives to prevent the emergence of future critical situations by improving the EU response mechanisms.

What allowed the Solidarity Platform to showcase such transformative operational solidarity is its legal flexibility. Its soft law nature equipped the platform with the flexibility necessary to quickly adapt to better respond to the challenges it faces. The Solidarity Platform, therefore, resulted in a comprehensive network where solutions are found operatively rather than discussed politically. In particular, the platform is praised for its ability to take advantage of the already existing EU mechanisms of cooperation and information exchange and avoid duplications: the platform does not produce its own reports, but instead puts together the data provided by the IPCR and the Crisis Management Blueprint Network. The IPCR is indeed fully activated on Russia’s invasion of Ukraine and on migration matters and provides daily reports of the migratory situation at the Eastern European external border. Thanks to the platform, the Blueprint Network is for the first time fully activated since its introduction with the New Pact on Migration and Asylum in 2020²⁸, monitoring Member States’ reception capacities and providing data for designing joint responses²⁹.

The EU Solidarity Platform is considered one of the most innovative features of the EU temporary protection scheme due to its broad scope and flexible design. However, it lacks accountability, which aligns with recent developments in the field of migration. The soft law nature of the platform makes it challenging to monitor and ensure compliance with fundamental rights, particularly concerning resettlement decisions taken within it. Furthermore, the Commission’s overseeing role is in line with the centralisation of the coor-

²⁶ COMMISSION COMMUNICATION, *Welcoming those fleeing war in Ukraine: Ready-ing Europe to meet the needs*, COM/2022/131 final.

²⁷ Commission Communication n. 13.

²⁸ COMMISSION COMMUNICATION, *on a New Pact on Migration and Asylum*, COM(2020) 609 final.

²⁹ M. СТЕРКА, *In Anticipation of New Migration Crises: Resilience and Anticipatory Governance in the EU’s Migration Management Framework*, in *Politeja* 4(19), 2022.

dination powers upon the institution proposed in the New Pact. These centralisation efforts however worsen the accountability issues of the EU action in migration matters. Without proper accountability checks, there is indeed a risk that the platform could lead to an excessive concentration of power in the hands of the Commission, without sufficient checks and balances. While the platform has functioned smoothly so far due to the political backing of all stakeholders involved, addressing its lack of accountability is crucial to make it a sustainable tool for EU operational cooperation.

4. *Conclusion: is there a future for the Solidarity Platform?*

The Ukrainian humanitarian crisis exposed a gap in the EU operational crisis response, despite the recent changes implemented by the New Pact. The Solidarity Platform proved to be extremely efficient in filling this gap. The EU migration policy has been targeted by an overload of legislative reforms in the past years. The platform demonstrates that also soft law can play a crucial role in increasing EU's readiness to manage migration crises and its preparedness to prevent future emergencies to grow out of control.

Is there a possibility for the Solidarity Platform to become a permanent tool of the EU migration policy? The Commission flagged the platform as a good practice that Member States and other stakeholders deemed replicable in the future³⁰. There are good reasons to advocate for the transformation of the Solidarity Platform into a general mechanism of operational solidarity. The platform proved to be extremely useful in coordinating the potentially overlapping actions of the existing databases. This oversight role will be even more crucial once the most recent reform proposals on asylum and migration management and on asylum procedures will be adopted³¹. The mandatory flexible solidarity model envisaged will indeed introduce a cluster of byzantine rules with many new actors and mechanisms: from the EU Migration Forum to the Solidarity Pool and the Permanent EU Migration Support Toolbox³². While this plethora of mechanisms is designed to respond to crisis situations, the Solidarity Platform could become an umbrella-platform grouping all the

³⁰ Commission Communication n. 13.

³¹ On 20 December 2023, the European Parliament and the Council reached a political agreement on the New Pact proposals, which should be formally adopted by spring 2024. More information here: https://home-affairs.ec.europa.eu/news/historic-agreement-reached-today-european-parliament-and-council-pact-migration-and-asylum-2023-12-20_en.

³² JS. VARA, *Flexible Solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A New Form of Differentiated Integration?*, in *European Papers - A Journal on Law and Integration*, n. 7(3), 2023.

migration-related databases, constantly monitoring them, avoiding the dispersion of knowledge, and maximising the efficiency of each mechanism. Such a platform, if equipped with appropriate accountability mechanisms, would turn into the reference point for EU operational coordination, always activated and ensuring a stable and streamlined flow of data and information.

It is too early to assess whether the Solidarity Platform is going to be a one-off successful experiment, or if it will pave the way for the redesign of operational cooperation within the EU migration policy. In the meantime, the Solidarity Platform will maintain its role in backing the implementation of the TPD and allowing the EU to elaborate collective and quick responses to the Ukrainian humanitarian crisis.

TRE FUNZIONI DELL'IA NELLA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI

Olimpia Giuliana Loddo*, Andrea Addis**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tre macrofunzioni dell'IA nel diritto delle migrazioni. – 2.1. La funzione informativa. – 2.2. La funzione attiva. – 2.3. Regolazione senza regole e funzione costrittiva. – 3. Conclusioni¹.

1. *Introduzione*

L'Intelligenza Artificiale (IA) comprende un insieme di tecnologie in rapida evoluzione che hanno la peculiarità di consentire ai software di auto-migliorarsi, raffinando le loro capacità in base alla loro esperienza. In altri termini, un programma dotato di IA è un programma in grado di elaborare dati e adattarsi al contesto operativo in base alle informazioni che riceve, indipendentemente dall'intervento dello sviluppatore².

Questa è solo una delle definizioni che hanno costellato il dibattito sull'IA, coinvolgendo studiosi di diverse discipline filosofiche, tecniche e giuridiche. Sin dalle prime conferenze, come quella tenuta al Dartmouth College nel 1956, si è cercato di definire e comprendere questa tecnologia e le sue implicazioni etiche e sociali. Si enfatizza, tra le sue caratteristiche, la possibilità di rendere una macchina in grado di eseguire compiti complessi, come quelli che

* Ricercatrice tenure track, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Cagliari.

** Software architect, Infora.

¹ I paragrafi pari di questo articolo sono stati redatti da Olimpia Giuliana Loddo, che si è concentrata sulla formulazione dei concetti chiave e sull'elaborazione delle considerazioni filosofico-giuridiche. I paragrafi dispari sono invece attribuiti ad Andrea Addis, responsabile della ricerca di riferimenti più strettamente connessi all'ambito tecnico-informatico, della redazione delle parti del testo e della partecipazione alla revisione complessiva del contenuto. Entrambi gli autori hanno collaborato nella fase di ideazione e pianificazione del documento.

² R.C. SCHANK, *What Is AI, Anyway?* in *AI Magazine*, 1987, 8, pp. 59-65. Segnalo con riconoscenza il supporto finanziario fornito nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), Missione 4, Componente 2, Investimento 1.1, Bando n. 104 pubblicato il 02/02/2022 dal Ministero dell'Università e della Ricerca (MUR), finanziato dall'Unione Europea – NextGenerationEU – Titolo del Progetto: Artefatti normativi e disegninormativi: indagine sulla regolazione non linguistica (NAND) – CUP: F53D23003500006 –Decreto di Assegnazione della Sovvenzione n. 968 adottato il 30/06/2023 dal Ministero dell'Università e della Ricerca (MUR).

un essere umano può svolgere (definizione proposta da John McCarthy, uno dei padri fondatori dell'IA)³, o la capacità delle macchine di apprendere automaticamente e di esibire comportamenti intelligenti (definizione proposta da Patrick Winston⁴ direttore del Laboratorio di IA del MIT dal 1972 al 1997).

Nel corso degli anni, le definizioni di IA sono state ampliate e modificate in base ai progressi della disciplina. Un approccio che, con le nuove disponibilità computazionali, si è rivelato estremamente efficace è stato il Deep Learning (DL), che sfrutta grandi reti neurali (artificiali) multistrato, mimando l'architettura di apprendimento gerarchica del cervello umano, in grado di generalizzare su pochi dati e scalare bene su contesti computazionali più estesi. Questo approccio, più antropocentrico, ha portato a definire l'IA come una forma di imitazione di processi e di attività tipicamente umane: classificare informazioni, risolvere problemi, prendere decisioni⁵.

Si ritiene che l'IA possa consentire alle macchine di attuare attività che, normalmente, sono considerate appannaggio delle menti. Alcune di queste, come, ad esempio, ragionare, sono più strettamente associate al concetto umano di intelligenza e «coinvolgono quelle capacità psicologiche – come la percezione, l'associazione, la previsione, la pianificazione e il controllo motorio – che consentono agli umani e agli animali di conseguire i loro obiettivi»⁶.

Alcuni studiosi, tuttavia, criticano questa visione antropomorfizzante dell'IA, evidenziando delle peculiarità della mente umana che giocano un ruolo fondamentale nei processi decisionali e cognitivi ma che, al contrario, non sono riproducibili artificialmente⁷.

In ogni caso, le tecnologie di IA stanno rapidamente cambiando il modo in cui le persone vivono e lavorano e hanno un punto di forza nella loro versatilità, essendo applicabili a campi eterogenei.

Si tratta infatti di uno strumento nel quale meccanismi interni simili si applicano a problemi in aree completamente differenti. Tra queste vi è quello della gestione e del monitoraggio dei flussi migratori.

In base ai dati raccolti dall'European Migration Network⁸, almeno sei

³ B.G. BUCHANAN, *A (Very) Brief History of Artificial Intelligence*, in *AI Magazine*, 2006, 26, pp. 53-60.

⁴ P. WINSTON, *Artificial Intelligence: An MIT Perspective*, Cambridge, 1988.

⁵ M. HAENLEIN, A. KAPLAN, *A Brief History of Artificial Intelligence: On the Past, Present and Future of Artificial Intelligence*, in *California Management Review*, Special Issue on AI, 61(2019), pp. 5-14.

⁶ M.A. BODEN, *L'intelligenza Artificiale*, Bologna, 2019.

⁷ J. LANDGREBE, B. SMITH, *Why Machines Will Never Rule the World*, New York, 2022.

⁸ EMN-OECD INFORM, Febbraio 2022 - <https://www.oecd.org/migration/mig/EMN->

stati membri dell'UE (Germania, Finlandia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi) hanno confermato l'uso dell'IA in tale contesto. Inoltre, le istituzioni europee stanno impiegando gli algoritmi nell'ambito dello Schengen Information System⁹, di Eurodac¹⁰ e del Sistema d'informazione visti (VIS¹¹) per l'identificazione automatica delle impronte digitali¹².

Lo European Asylum Support Office¹³ sta attualmente utilizzando un sistema di preallarme e previsione per monitorare il numero di domande di asilo. La previsione dei flussi migratori è, invero, uno degli utilizzi più discussi e interessanti dell'IA¹⁴) che sta acquisendo una sempre maggiore importanza nell'ambito delle organizzazioni internazionali. Ad esempio, nel 2012 l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) ha istituito un Innovation Service¹⁵ che ha il compito di promuovere l'introduzione di nuovi strumenti tecnologici nelle attività di supporto ai rifugiati.

Sotto questo profilo, l'UNHCR sta esplorando, attraverso diversi progetti, le potenziali applicazioni dell'IA in ambito umanitario in collaborazione con il mondo della ricerca.

Un esempio di come il mondo accademico e il settore umanitario possano collaborare al fine di sviluppare nuove tecnologie che sfruttano l'IA per agevolare la gestione delle migrazioni è il *placement algorithm*¹⁶, un progetto nato dalla collaborazione tra l'International Rescue Committee (IRC) e l'Immigration Policy Lab della Stanford University, ma attualmente sospeso a causa della pandemia. In particolare, il *placement algorithm* individua un possibile paese di reinsediamento dei rifugiati, incrociando i dati del soggetto richiedente con le caratteristiche socioeconomiche del paese di destinazione.

OECD-INFORM-FEB-2022-The-use-of-Digitalisation-and-AI-in-Migration-Management.pdf.

⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. Schengen Information System. https://edps.europa.eu/data-protection/european-it-systems/schengen-information-system_en.

¹⁰ EURODAC (European Asylum Dactyloscopy Database) - https://knowledge4policy.ec.europa.eu/dataset/ds00008_en.

¹¹ Visa Information System - https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/visa-information-system_en.

¹² C. DUMBRAVA, *Artificial Intelligence at EU borders - EPRS, European Parliamentary* – PE 690.706 – July 2021.

¹³ EUAA – European Union Agency for Asylum - <https://euaa.europa.eu/>.

¹⁴ Si veda il contributo di G. ROMEO, *Gli strumenti di previsione dei flussi migratori: quali problemi giuridici?* - <https://www.adimblog.com/2022/12/30/gli-strumenti-di-previsione-dei-flussi-migratori-quali-problemi-giuridici/>.

¹⁵ UNHCR's Innovation Service - <https://www.unhcr.org/innovation/>.

¹⁶ PLACEMENT ALGORITHM - <https://airbel.rescue.org/projects/placement-algorithm>.

2. *Tre macrofunzioni dell'IA nel diritto delle migrazioni*

Secondo la studiosa di scienze cognitive Margaret A. Boden, «L'IA ha due obiettivi principali. Un obiettivo è tecnologico: usare i computer per fare cose utili (qualche volta impiegando metodi molto diversi da quelli usati dalle nostre menti). L'altro obiettivo è scientifico: usare i concetti e i modelli dell'IA per contribuire a rispondere a interrogativi che riguardano gli esseri umani e gli altri esseri viventi»¹⁷.

La distinzione proposta da Boden, se proiettata nell'ambito della gestione dei flussi migratori, pare riduttiva.

In generale, per poter svolgere un'analisi delle funzioni dell'IA in ambito giuridico occorre distinguere tra le diverse funzioni che vengono attribuite agli strumenti di IA e le loro caratteristiche tecniche. Un conto è, infatti, che l'informazione prodotta dall'IA sia utilizzata a meri fini informativi e sia semplicemente volta a orientare scelte individuali. Altro conto è, invece, che i dati elaborati dall'IA siano condizione per l'applicazione di una determinata procedura a livello istituzionale. Infine, occorre prendere in considerazione anche l'ipotesi, non del tutto remota, che l'individuazione di una data informazione da parte di una macchina possa essere utilizzata per innescare un meccanismo costrittivo indipendentemente dall'intervento di un agente umano.

Tuttavia, occorre chiarire in che modo un sistema di IA possa avere “effetti su persone” e, in particolare, il suo impatto sulla vita dei migranti.

Sono infatti riscontrabili almeno tre possibili impieghi dell'IA che possono incidere sulla vita dei migranti, secondo tre funzioni che per ragioni espositive chiameremo: (i) funzione informativa, (ii) funzione attiva, (iii) funzione costrittiva. L'IA è infatti usata sia al fine di fornire informazioni ai migranti (cd. funzione informativa); sia nell'ambito di procedimenti giuridici finalizzati alla produzione di specifiche conseguenze giuridiche (cd. funzione attiva); sia per supportare strumenti tecnologici volti ad influenzare direttamente (fisicamente) le condotte dei destinatari (cd. funzione costrittiva).

2.1. *La funzione informativa*

La potenzialità innovativa degli strumenti di IA intesi come strumenti informativi è notevole. In particolare, cominciano a diffondersi applicazioni dell'IA a strumenti tesi a offrire la possibilità ai richiedenti asilo e ai migranti di ottenere informazioni preziose per poter prendere delle decisioni. Chiaramente, tali decisioni potrebbero avere conseguenze fondamentali per il loro futuro.

¹⁷ M.A. BODEN, *L'intelligenza Artificiale*, Bologna, Il Mulino, 2019.

Ad esempio, un assistente virtuale *chatbot*, che grazie all'IA interagisca con gli utenti per fornire informazioni circa le funzioni dell'ufficio e i suoi servizi, può rappresentare un grosso vantaggio in termini di efficienza. Un *chatbot* può rispondere più rapidamente rispetto a un operatore umano e può comunicare contemporaneamente con più utenti. Si tratta di una funzione che già è stata sperimentata in alcuni Stati – come la Finlandia, che utilizza un *chatbot* chiamato *Kamu*¹⁸ – che fornisce ai migranti informazioni sul diritto delle migrazioni finlandese.

Ci sono tuttavia alcuni rischi che è importante tenere presente. Innanzitutto, i *chatbot* sono solo una fonte di informazioni generiche e non possono fornire assistenza legale o aiuto pratico affidabile. Inoltre, i *chatbot* potrebbero diffondere informazioni false o fuorvianti, sia a causa di incomprensioni in fase di richiesta, sia per questioni legate a difetti della base di conoscenza dalla quale attingono. Infine, l'uso dei *chatbot* potrebbe esporre i migranti a possibili rischi di sicurezza, poiché potrebbero fornire informazioni personali o sensibili attraverso il loro utilizzo. È importante che i migranti siano consapevoli di questi rischi, che si avvantaggino di altre fonti o enti di supporto per prendere decisioni importanti sulla loro situazione, e che gli sviluppatori cerchino di prevenire tali problematiche (ad esempio, creando sistemi che possano essere aggiornati agevolmente).

2.2. La funzione attiva

Possiamo parlare di funzione attiva dell'IA quando i risultati prodotti dall'IA sono considerati vincolanti ai fini dell'evoluzione di una procedura. In questo caso, i risultati prodotti dall'IA entrano a far parte di una procedura che, in ultima analisi, porta alla produzione di un provvedimento.

Ne è un esempio l'European Travel Information Authorisation System (ETIAS¹⁹), un sistema in grado di identificare anticipatamente i rischi legati alla sicurezza e alla migrazione irregolare dei cittadini di paesi terzi esenti da visto in base a indicatori di rischio predefiniti. Tali indicatori sono calcolati in base a dati raccolti dai sistemi informativi dell'UE (quali Europol e le banche dati di Interpol). Il sistema è programmato per stabilire se la richiesta di autorizzazione all'ingresso, redatta online, possa ottenere l'approvazione automatica entro pochi minuti o, in caso di *alert* da parte dell'IA, se sia necessario un ulteriore esame da parte di un funzionario (umano).

¹⁸ KAMU CHATBOT - <https://migri.fi/en/chat1>.

¹⁹ European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) <https://www.frontex.europa.eu/what-we-do/etias/about-etias/>.

Il regolamento (UE) 2018/1240²⁰ ha istituito un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) con l'obiettivo di monitorare la circolazione dei cittadini di paesi terzi esenti dall'obbligo del visto nel territorio degli Stati membri innalzando i livelli di sicurezza dei confini europei. ETIAS dovrebbe divenire pienamente operativo alla fine del 2023²¹. Chiaramente, l'uso dell'ETIAS non è esente da critiche. Alcuni autori sottolineano, ad esempio, che il processo algoritmico dell'ETIAS può divenire uno strumento di esclusione differenziale che potrebbe avere un impatto negativo su alcuni gruppi di viaggiatori stranieri²².

Un sistema simile all'ETIAS, ma già operativo negli Stati Uniti e regolamentato dal Travel promotion Act 2009, è l'ESTA (Electronic System for Travel Authorization²³). Analogamente all'ETIAS, l'ESTA prevede la compilazione di un modulo online su un sito internet governativo dedicato e prevede l'automatizzazione parziale della procedura per la concessione della autorizzazione al viaggio.

La funzione attiva può essere coadiuvata da un processo di supervisione, anch'esso implementato mediante l'uso dell'Intelligenza Artificiale (IA). Diversi progetti hanno dedicato sforzi allo sviluppo di questa modalità. A titolo di esempio, il programma iBorderCtrl è stato concepito con l'obiettivo di potenziare i controlli alle frontiere²⁴. Sono stati eseguiti test pilota in Ungheria, Grecia e Lettonia. I migranti hanno interagito con un *avatar* caratterizzato da un sistema automatico di rilevazione dell'inganno (Automatic Deception Detection System – ADDS), in grado di identificare microespressioni facciali non verbali (ammiccare, arrossire, o compiere determinati movimenti involontari col capo) allo scopo di individuare soggetti che forniscono dichiarazioni non veritiere. Le persone ritenute sincere potevano attraversare il confine, mentre le persone ritenute sospette dovevano fornire ulteriori informazioni, come le impronte digitali. Il tasso di correttezza delle decisioni si è assestato

²⁰ Regolamento (UE) 2018/1240 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1240>.

²¹ E. GUILD, N. VAVOULA, *Travel Authorization in the EU: Automated Processing and Profiling*, in *OpenDemocracy*. (2020) 12 Ottobre.

²² C. DERAVE, N. GENICOT, N. HETMANSKA, *The Risks of Trustworthy Artificial Intelligence: The Case of the European Travel Information and Authorisation System*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2022, 13(3), pp. 389-420.

²³ Official ESTA Application - <https://esta.cbp.dhs.gov/>.

²⁴ Intelligent Portable Border Control System <https://cordis.europa.eu/project/id/700626> iBORDERCTRL <https://www.iborderctrl.eu/>.

al 73-75%²⁵. Un altro sistema di controllo che è in fase di sperimentazione è il Dialect Identification Assistance System (DIAS), utilizzato in Germania per scoprire la provenienza dei migranti in base all'identificazione del loro dialetto arabo. Nei Paesi Bassi, il servizio di immigrazione e naturalizzazione (Immigration and Naturalisation Service - IND) utilizza algoritmi per supportare il rilevamento di frodi legate all'uso di documenti falsi. Anche Germania, Stati Uniti, Australia e Canada utilizzano l'IA per confermare l'identità sulla base di dati biometrici e per individuare i documenti falsi. Tali sistemi sono menzionati nel EMN-OECD inform del febbraio 2022, pubblicato a cura dell'European Migration Network²⁶ in collaborazione con l'Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

A differenza di quanto accade nella funzione informativa, nella funzione attiva l'emergere di determinati dati è qualificato come condizione per l'applicazione di una particolare procedura giuridica. Invero, tale uso non ha un impatto diretto sul comportamento dei migranti, ma sul comportamento delle istituzioni che gestiscono i flussi migratori.

Poiché tali tecnologie non sono immuni da errori, è sempre necessario prevedere un controllo umano in caso di esiti svantaggiosi per il migrante. Infatti, se da un lato l'utilizzo di sistemi di IA potrebbe accelerare le procedure burocratiche finalizzate all'accoglienza dei migranti, dall'altro lato potrebbe portare a decisioni basate su dati incompleti o errati.

Chiaramente, è difficile individuare in modo preciso la funzione di una tecnologia ancora in fase sperimentale. L'attività di controllo può affiancare la funzione attiva solo quando all'output prodotto dall'IA è attribuito un ruolo specifico nell'ambito di una procedura giuridica. Occorre, quindi, evidenziare che la funzione attiva è una "funzione di status"²⁷, non è inscritta nello strumento tecnologico ma deriva necessariamente da una qualificazione istituzionale. Se i dati ricavati dall'intelligenza artificiale vengono formalmente qualificati come condizione ai fini della decisione sul riconoscimento della protezione internazionale potremmo parlare di funzione attiva. Se, invece, l'esito dell'attività dell'IA innescasse un meccanismo finalizzato a bloccare fi-

²⁵ A. SZWED, *The Use of Artificial Intelligence in Migration-Related Procedures in the European Union - Opportunities and Threats*, in *Procedia Computer Science*, 207(2022), pp. 3645-3651.

²⁶ EMN-OECD, *The Use of Digitalisation and Artificial Intelligence in Migration Management*, Febbraio 2022 (disponibile all'indirizzo: <https://www.oecd.org/migration/mig/EMN-OECD-INFORM-FEB-2022-The-use-of-Digitalisation-and-AI-in-Migration-Management.pdf> ultimo accesso 28.01.2023).

²⁷ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, London-New York, 1995.

sicamente e in modo automatico l'attraversamento di una via di transito, in quel caso, potremmo parlare di funzione costringitiva (§2.3). Invero, gli ostacoli posti attraverso l'assegnazione della funzione attiva non sono ostacoli fisici, ma giuridici.

2.3. Regolazione senza regole e funzione costringitiva

La funzione costringitiva comporta l'impiego dell'IA a supporto di strumenti tecnologici volti a influenzare direttamente (fisicamente) le condotte dei destinatari. I modi per influenzare il comportamento delle persone sono molteplici. Secondo Lorini e Moroni, «La regolazione [...] può avvenire (1) con regole (specifiche) o (2) senza regole (specifiche)»²⁸. Il concetto di “regolazione senza regole” delinea una cornice generale, che include diverse forme di regolazione, in particolare la regolazione che avviene tramite l'uso di determinate strutture architettoniche, artefatti o forme di *nudging*, ovvero quelle pratiche finalizzate ad alterare il comportamento delle persone in modo prevedibile senza vietare alcuna opzione o modificare in modo significativo i loro incentivi economici.

In alcuni casi, la “regolazione senza regole” è connessa al concetto di *forcing function* teorizzato dal designer Don Norman²⁹, che lo definisce come una forma di costrizione fisica nell'ambito di una procedura. In altri termini, a causa di tale costrizione le azioni sono vincolate in modo che il mancato compimento di determinati atti impedisca il passaggio successivo.

La *forcing function* è utilizzata anche in ambito informatico. Un software può impedire di completare una procedura finché non sono state eseguite le operazioni desiderate (ad esempio, non sono stati inseriti i dati necessari per il completamento della pratica).

Curiosamente, un'architettura digitale caratterizzata da una *forcing function* può svolgere una funzione regolativa originariamente svolta da una norma giuridica. Un esempio di questa forma di regolazione può riguardare la tutela della proprietà nel cyberspazio. In questo senso, sono possibili due tipi di protezione:

Uno è la tradizionale protezione della legge: la legge definisce uno spazio in cui gli altri non devono entrare e punisce le persone che entrano comunque.

²⁸ G. LORINI, S. MORONI, *Ruling without Rules. Not Only Nudges. Regulation beyond Normativity*, in *Global Jurist*, 2020, 20, pp. 1-11. Si veda anche G. LORINI, S. MORONI, *Non-Propositional Regulation*, in *Philosophical Investigations*, 2022, 45, pp. 512-527.

²⁹ D. NORMAN, *The Design of Everyday Things*, New York, 2013.

L'altra protezione è una recinzione, un dispositivo tecnologico (un pezzo di codice) che (tra le altre cose) blocca l'ingresso agli indesiderati³⁰.

Si potrebbe ipotizzare uno strumento di IA in grado di rilevare dati biometrici e connesso con un dispositivo finalizzato a bloccare o consentire l'accesso a determinate aree a determinati soggetti.

Tale strumento opererebbe in modo molto diverso dalle modalità di regolazione che caratterizzano le norme giuridiche. Infatti, nelle norme volte a regolare determinati comportamenti umani, il verificarsi delle condizioni di applicabilità previste dalla norma non determina automaticamente una conseguenza giuridica. Nel caso della funzione costrittiva si ha invece un automatismo, una forma di *forcing function* che rende un certo comportamento inevitabile.

Sono un esempio di *forcing function* gli e-gates presenti in alcuni aeroporti europei. I passeggeri toccano un pannello che confronta le loro impronte digitali con quelle sui passaporti e, se corrispondono, il cancello si apre e consente il passaggio del viaggiatore.

Il sistema di e-gates, installato nell'aeroporto Nikola Tesla, a Belgrado³¹, è particolarmente interessante poiché è in grado di controllare automaticamente anche se il numero di identificazione personale di un cittadino figura sui mandati nazionali o dell'Interpol e se i dati nel passaporto sono autentici.

In alcuni casi, l'applicazione automatica di una norma può portare a non valutare alcune peculiarità di un caso che solo un essere umano potrebbe pienamente comprendere. L'automatizzazione della regolazione dei flussi migratori potrebbe da un lato renderne più efficiente la gestione, ma dall'altro lato indurre a una ipersemplicificazione di un fenomeno estremamente complesso.

3. Conclusioni

La *Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale 2021*³² nel considerando 39 inquadra i sistemi di IA destinati a essere utilizzati in materia di gestione della migrazione tra i sistemi "ad alto rischio". Evidenzia, in particolare, che «I sistemi di IA utilizzati nella gestione della migrazione, dell'asilo e del

³⁰ L. LESSIG, *Code. Version 2.0.*, New York, 2006.

³¹ Articolo sull'e-gate Speeds Border Checks - <https://balkaninsight.com/2010/12/23/belgrade-airport-introduces-e-gate/>.

³² Commissione Europea. (2021). *Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale (COM(2021) 206 final)* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

controllo delle frontiere hanno effetti su persone che si trovano spesso in una posizione particolarmente vulnerabile e il cui futuro dipende dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti». L'informatico Kurzweil, già nel 2005, invitava alla cautela nell'impiego dell'IA, poiché essa è intrinsecamente impossibile da controllare³³. Il monito di Kurzweil vale tutt'oggi, poiché non v'è una strategia che garantisca pienamente di monitorare l'evoluzione dell'IA e di stabilire quali parametri sceglierà, come evolverà il suo sistema e soprattutto se opererà in linea con i diritti fondamentali.

Una caratteristica delle tecnologie che sfruttano l'IA, l'impossibilità di ricostruire il processo che ha portato a determinati risultati, è anche l'elemento più problematico sotto il profilo giuridico poiché impedisce l'individuazione di eventuali profili di illegittimità. Inoltre, il fatto che in caso di riscontro positivo la decisione venga demandata a un operatore umano comporta il rischio che tale operatore si appiattisca sull'output fornito dall'IA³⁴. Occorre, dunque, tenere conto di questi aspetti nella predisposizione degli strumenti tecnologici destinati ad essere utilizzati in ambiti delicati come il diritto delle migrazioni.

La presenza nel processo decisionale di un contributo umano capace di controllare il risultato automatizzato risponde al cosiddetto principio di non esclusività della decisione algoritmica che, così come emerge all'art. 22 del GDPR, prevede il diritto dell'interessato a “non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona” (fatte salve le eccezioni alle quali il medesimo articolo fa riferimento).

I migranti, già ora, affrontano seri problemi nel vedere rispettati i loro diritti fondamentali. Questo è in parte dovuto alle inefficienze del sistema di controllo e di valutazione dei permessi di soggiorno. I tempi di attesa potrebbero ridursi automatizzando una parte delle procedure. L'idea di creare un programma in grado di trasporre le norme in un codice, di elaborare autonomamente dati e, infine, di prendere delle decisioni può sembrare una conquista che emancipa dall'arbitrio di un giudice o di un pubblico funzionario, che può essere influenzato da fattori extragiuridici, convinzioni personali o può essere soggetto a pratiche di corruzione. La base di conoscenza sulla quale è addestrata l'intelligenza artificiale non è comunque immune da influenze soggettive.

³³ R. KURZWEIL, *The age of Spiritual Machines. When Humans Transcend Biology*, Londra, 2005.

³⁴ G. GOMETZ, *Intelligenza artificiale, profilazione e nuove forme di discriminazione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2022, pp. 1-38.

IL POSSIBILE IMPATTO DELL'AI ACT SULL'IMMIGRAZIONE: INIZIAMO A DISCUTERNE

Erik Longo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli elementi di base della proposta. – 3. Gli impieghi nel campo dell'immigrazione, asilo e controllo alle frontiere. – 4. Le osservazioni delle ONG alle norme dell'AI Act e gli emendamenti del novembre 2022. – 5. Le sfide future.

1. *Introduzione*

La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (AI Act), attualmente in fase di approvazione¹, si inserisce all'interno della grande sfida che l'Unione europea ha lanciato globalmente per la regolazione delle tecnologie digitali (culminata nel "Programma strategico per il decennio digitale 2030")².

L'idea di una disciplina giuridica che possa coniugare innovazione tecnologica e protezione dei diritti fondamentali non è mai semplice da realizzare. L'obiettivo risulta ancora più audace se si tratta di stabilire gli usi e la commercializzazione di tecnologie di cui ancora non si conosce l'esatta portata o l'insieme delle conseguenze che potrebbero derivare dal loro utilizzo su vasta scala, come sta accadendo per le Intelligenze Artificiali (IA) nel settore dell'immigrazione, asilo e controllo alle frontiere³.

* Professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.

¹ Il presente articolo è stato redatto prima che venisse alla luce, in modo informale, il "testo di compromesso" ufficiale approvato dal COREPER nei primi mesi di febbraio del 2024.

² Decisione (UE) 2022/2481 del 14 dicembre 2022 su cui si v. B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, pp. 997-1013.

³ Sul tema v. gli editoriali di G. ROMEO, *Gli strumenti di previsione dei flussi migratori: quali problemi giuridici?*, ADiM Blog, 2022, Disponibile online: <https://www.adimblog.com/2022/12/30/gli-strumenti-di-previsione-dei-flussi-migratori-quali-problemi-giuridici/> e S. PENASA, *Smart borders o invisibile walls? L'utilizzo di sistemi "intelligenti" al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri*, ADiM Blog, 2022, Disponibile online: <https://www.adimblog.com/2022/12/30/smart-borders-o-invisibile-walls-lutilizzo-di-sistemi-intelligenti-al-confine-tra-politiche-migratorie-e-garanzie-per-gli-stranieri/>.

2. *Gli elementi di base della proposta*

Fin dalla sua pubblicazione, avvenuta il 21 aprile 2021⁴, è stato subito evidente che la proposta di AI Act conteneva un obiettivo molto ambizioso: vietare tutti i prodotti digitali funzionanti tramite IA che possono determinare effetti altamente negativi e dannosi per le persone e sottoporre a standard severi quelli che invece possono avere un alto rischio di pregiudicare gli interessi pubblici e i diritti tutelati dalla legislazione dell'unione⁵.

Tra le tecnologie vietate compaiono i sistemi di IA che impiegano componenti subliminali per distorcere il comportamento umano e che possono provocare danni fisici o psicologici; i sistemi di IA che forniscono un punteggio sociale delle persone fisiche per finalità generali delle autorità pubbliche; e i sistemi di IA di identificazione biometrica remota “in tempo reale” delle persone fisiche in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto alla criminalità.

Una lunga lista di prodotti con sistemi di IA inserita nell'allegato III della proposta sono classificati come ad “alto rischio”. Per essi il regolamento stabilisce stringenti regole per i produttori, importatori e utenti professionali. Le IA ad alto rischio includono sistemi per l'accesso e gestione dei servizi economici essenziali, come il settore bancario (e, in seguito ai negoziati tra le istituzioni europee, anche l'assicurativo), i sistemi giudiziari e, appunto, l'amministrazione delle frontiere.

⁴ European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, (COM(2021) 206 final ('AI Act Proposal')).

⁵ Sulla proposta esiste già una copiosa letteratura. Si v. no *infra multis*: G. MAZZINI, S. SCALZO, *The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts*, in *La via europea per l'Intelligenza Artificiale*, a cura di C. CAMARDI, Milano, 2022, pp. 21-52; G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf. inform.*, 2022, 2, pp. 303-322; B. MARCHETTI, L. PARONA, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *DPCE Online*, 2022, 1, pp. 237-252; A. SIMONCINI, *Quale modello per la regolazione dell'Intelligenza Artificiale? L'Europa al bivio*, in *La via europea per l'Intelligenza Artificiale*, a cura di C. CAMARDI, Milano, 2022, pp. 239-265; C. BOMPRESZI, S. SAPIENZA, *Algorithmic Justice e classificazione di rischio nella proposta di AI Act*, in *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e Intelligenza Artificiale*, a cura di M. PALMIRANI, S. SAPIENZA, Milano, 2022, pp. 65-114; L. EDWARDS, *The EU AI Act: A summary of its significance and scope*, London, 2022, Disponibile online: <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf>.

Ulteriori usi delle IA, come i chatbot che aiutano a fare l'ordine di un prodotto online ma che vengono usati anche per il controllo delle frontiere⁶, non sono classificati come ad alto rischio, salvo che non abbiano alcune caratteristiche. In generale, per essi l'AI Act prevede un meccanismo di autoregolazione nel quale i produttori o fornitori dovranno dare conto di aver messo in atto tutto ciò che è necessario per evitare i rischi per i diritti fondamentali e gli interessi pubblici.

Sebbene molti esperti e alcune imprese del settore tecnologico dichiarino di accogliere con favore l'idea di una regolamentazione sull'IA, è molto difficile trovare un accordo diffuso sulla definizione stessa di IA e sulla classificazione di alcuni prodotti (come, ad esempio, quelli usati per il riconoscimento facciale negli spazi pubblici o i c.d. "General Purpose AI"). Allo stesso modo, sarà problematico trovare definizioni che possano servire per gli usi dell'IA in molti settori: con il rischio di escludere dalla categoria degli "altamente rischiosi" sistemi più semplici che compiono operazioni considerevoli e di converso includervi sistemi tecnicamente complicati ma che vengono utilizzati in attività semplici o banali.

La proposta di regolamento prevede, infine, alcune importanti esclusioni. Nonostante il loro uso desti notevoli critiche e preoccupazioni, le IA utilizzate per la sicurezza nazionale, per la ricerca accademica e per scopi militari sono state escluse – evidentemente per diverse ragioni – dal campo di applicazione del regolamento.

Per le IA ad alto rischio distribuite all'interno del mercato europeo (da qualunque azienda) sarà obbligatoria una valutazione di conformità con l'ottenimento del marchio "CE".

Quanto all'ambito di applicazione, le norme dell'AI Act stabiliscono che anche i produttori basati all'estero, se vorranno immettere i loro prodotti nel mercato UE, dovranno adottare gli standard previsti dall'AI Act. In tal senso, non si esclude che l'AI Act possa fungere da modello anche per altri ordinamenti (c.d. "Brussels effect"⁷); ma a guardare cosa è accaduto con il GDPR c'è da sperare che l'imitazione avvenga garantendo la tutela massima dei diritti fondamentali⁸.

⁶ S. PENASA, *Smart borders o invisibile walls? L'utilizzo di sistemi "intelligenti" al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri*, cit.

⁷ A. BRADFORD, *The Brussels effect: How the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

⁸ G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf. inform.*, 2022, 2, pp. 323-342.

3. *Gli impieghi nel campo dell'immigrazione, asilo e controllo alle frontiere*

La proposta considera gli impieghi nel campo dell'immigrazione, asilo e controllo alle frontiere all'interno del percorso di definizione e gestione dell'IA ad alto rischio. Tali regole sono previste tanto nel testo del regolamento quanto nell'allegato III.

A giustificazione della classificazione tra le IA ad alto rischio dei sistemi destinati ad essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti in materia di gestione dell'immigrazione, asilo e controllo delle frontiere, il considerando n. 39 esplicitamente ricorda che «i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati nella gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere colpiscono persone che si trovano spesso in una posizione particolarmente vulnerabile e che dipendono dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti. L'accuratezza, la natura non discriminatoria e la trasparenza dei sistemi di IA utilizzati in tali contesti sono pertanto particolarmente importanti per garantire il rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, in particolare i loro diritti alla libera circolazione, alla non discriminazione e alla protezione della vita privata e dati personali, protezione internazionale e buona amministrazione».

Gli ambiti qui esaminati compaiono anche nel considerando n. 19, relativamente all'uso di sistemi di IA per l'identificazione biometrica remota "in tempo reale" di persone fisiche in spazi accessibili al pubblico, al fine di trovare autori di reati o migranti che rifiutino di dare le loro generalità o le forniscano false.

Dalle norme dell'AI Act deriverà la classificazione come sistemi di IA ad alto rischio di quegli strumenti usati per effettuare valutazioni automatizzate in merito al rischio che un individuo possa rappresentare per la sicurezza, l'immigrazione o la salute. Rientra in questa categoria di IA un sottoinsieme di strumenti che effettuano valutazioni automatiche incorporanti forme di "profilazione algoritmica". Ne fanno parte anche le IA usate per identificare percorsi di viaggio irregolari e individuare i cosiddetti viaggiatori "mala fide". Tale categoria include pure i sistemi di IA che determinano se un richiedente asilo presenti un rischio di fuga e debba quindi essere trattenuto.

Va ricordato che il legislatore dell'UE ha già adottato strumenti giuridici che richiederanno nel prossimo futuro tali valutazioni automatizzate, in particolare nell'ambito del sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e del sistema di informazione visti (VIS).

Sul lato dell'esercizio dei poteri statali in materia di immigrazione la proposta contiene norme alle quali bisogna prestare debita attenzione. L'art. 70

della proposta stabilisce, infatti, regole ed eccezioni al diritto UE per le autorità nazionali che si occupano di immigrazione. Queste potranno opporre il segreto nazionale nel caso di utilizzo di IA ad alto rischio, e giovarsi di una esenzione sulle verifiche tecniche e sulla trasparenza di tali strumenti nel caso in cui ne siano fornitori.

Malgrado si preveda nell'art. 73 della proposta che le norme appena richiamate «non pregiudicano i diritti e gli obblighi della Commissione, degli Stati membri e degli organismi notificati in materia di scambio delle informazioni e di diffusione degli avvisi di sicurezza, né gli obblighi delle parti interessate di fornire informazioni a norma del diritto penale degli Stati membri», le disposizioni che esentano le autorità pubbliche nel settore dell'immigrazione quando utilizzano IA ad alto rischio appare a nostro parere troppo ampia, specie quando si tratta di garantire diritti fondamentali in occasione di violazioni di ampie proporzioni⁹.

L'ampia esenzione – qui criticata – è stata giustificata dalla Commissione riferendosi al “costo” delle nuove norme. Durante un incontro pubblico, come segnala un report di Statewatch¹⁰, i rappresentanti della Commissione hanno affermato che, in relazione agli “affari interni”, la proposta mira a «ridurre gli oneri amministrativi sulle autorità (di polizia)” al fine di “garantire che l’attuazione dei sistemi IT su larga scala dell’UE per la migrazione, la gestione delle frontiere e la sicurezza non subisca ritardi». Nella medesima occasione è stato ricordato che, sebbene i requisiti dell'AI Act imporranno costi finanziari aggiuntivi sul lato privato e pubblico, “non ci sarà praticamente alcun impatto economico nel settore delle forze dell’ordine”¹¹.

4. *Le osservazioni delle ONG alle norme dell'AI Act e gli emendamenti del novembre 2022*

All'indomani dell'avvio della procedura legislativa un gran numero di portatori di interessi e commentatori ha sollevato dubbi sulle ricadute che il testo

⁹ Edri, *Technological Testing Grounds. Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up*, November 2020. Disponibile online: <https://edri.org/wp-content/uploads/2020/11/Technological-Testing-Grounds.pdf>.

¹⁰ Statewatch, *A clear and present danger. Missing safeguards on migration and asylum in the EU's AI Act*, UK, May 2022. Disponibile online: <https://www.statewatch.org/media/3285/sw-a-clear-and-present-danger-ai-act-migration-11-5-22.pdf>.

¹¹ Statewatch, *A clear and present danger. Missing safeguards on migration and asylum in the EU's AI Act*, cit.

della proposta potrà avere nel settore dell'immigrazione¹²; per distinguere i viaggiatori regolari dagli irregolari, per il controllo delle frontiere¹³, per verificare le eventuali dichiarazioni mendaci e per prevedere i movimenti di migranti¹⁴.

In una lettera aperta pubblicata il 6 dicembre 2022 (lo stesso giorno in cui è stato pubblicato il c.d. *General Approach* sul regolamento da parte del Consiglio) quasi duecento soggetti, tra organizzazioni e privati cittadini, hanno chiesto all'UE di proteggere le persone che sono in movimento dalle future regole europee¹⁵. La lettera fa seguito a un altro documento con proposte di emendamenti redatto da numerose ONG che si erano attivate all'indomani della pubblicazione della proposta¹⁶. I rilievi critici delle organizzazioni hanno preso di mira gli aspetti più controversi della proposta, come l'esclusione nella lista dei prodotti ad alto rischio dell'allegato III dei sistemi di analisi predittiva, di identificazione biometrica usati per la gestione della migrazione, dell'asilo e i sistemi usati per il controllo, il monitoraggio e la sorveglianza delle frontiere; ovvero la mancata inclusione nella proposta di AI Act di qualsiasi riferimento alla necessità di rispettare gli obblighi in materia di migrazione e protezione internazionale; o, ancora, la pesante esenzione prevista dall'art. 83 della proposta per i sistemi IT su larga scala già impiegati dalle istituzioni europee (come Eurodac, il Sistema di informazione Schengen e il già citato ETIAS).

Anche grazie all'attività di pressione svolta dalle associazioni per i diritti umani, le istituzioni europee hanno parzialmente modificato il testo della proposta. Nel già citato *General Approach* il Consiglio ha ridefinito il margine di manovra per le forze dell'ordine operanti nel settore dell'immigrazione: sia estendendo l'esenzione al principio del "four eyes" per l'immigrazione, asilo e controllo delle frontiere, sia escludendole dal novero delle autorità pubbliche

¹² Access Now, *An EU Artificial Intelligence Act for Fundamental Rights A Civil Society Statement*, Brussels, novembre 2021. Disponibile online: <https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2021/11/joint-statement-EU-AIA.pdf>.

¹³ S. PENASA, *Smart borders o invisibile walls? L'utilizzo di sistemi "intelligenti" al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri*, cit.

¹⁴ G. ROMEO, *Gli strumenti di previsione dei flussi migratori: quali problemi giuridici?*, cit.

¹⁵ Edri, *Civil society calls for the EU AI act to better protect people on the move*, 6 dicembre 2022. Disponibile online: <https://edri.org/our-work/civil-society-calls-for-the-eu-ai-act-to-better-protect-people-on-the-move/>.

¹⁶ Edri, *Uses of AI in migration and border control: A fundamental rights approach to the Artificial Intelligence Act*, Brussels, novembre 2021. Disponibile online: https://edri.org/wp-content/uploads/2022/05/Migration_2-pager-02052022-for-online.pdf.

che utilizzano sistemi ad alto rischio in tali ambiti dalla registrazione nella banca dati dell'UE (art. 29 della proposta) sia, ancora, prevedendo norme speciali per tali autorità in fase di sperimentazione e controllo da parte delle autorità di sorveglianza nazionali (si pensi in particolare agli articoli 53 e 63 della proposta come previsto dal *General Approach*).

5. *Le sfide future*

La proposta desta numerosi interrogativi sull'impiego delle IA nel settore dell'immigrazione. Sono ancora poche le sedi scientifiche in cui si inizia a discuterne diffusamente¹⁷. Per realizzare una migliore tutela delle persone di fronte all'uso delle IA, i due co-rapporteurs della proposta, Brando Benifei e Dragos Tudorache, si sono fatti portatori della necessità – poi accolta durante i triloghi – di inserire una “valutazione di impatto sui diritti fondamentali” (FRIA)¹⁸.

La definitiva approvazione a fine 2023 del regolamento apre un ampio spazio di lavoro sulla attuazione delle disposizioni regolamentari e sul modo in cui esse verranno interpretate all'interno degli Stati membri, sia sul lato delle politiche pubbliche sia sul lato dei diritti individuali per la difesa della posizione dello straniero. Una grande sfida per la comunità di ADiM.

¹⁷ Si v. il documento di AFAR, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, 2023. Disponibile online: https://www.rsc.ox.ac.uk/files/files-1/automating-immigration-and-asylum_afar_9-1-23.pdf.

¹⁸ Si v. ora l'Allegato III. Per quanto riguarda il settore dell'immigrazione, asilo e controllo alle frontiere sono previste anche disposizioni sulla sperimentazione di sistemi di IA ad alto rischio in condizioni reali.

THE ROLE OF EU-LISA IN THE IMPLEMENTATION OF THE INTEROPERABILITY FRAMEWORK

Francesca Tassinari*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. eu-LISA's tasks under the interoperability framework. – 2.1. From the design to the entry into operation of the interoperability components. – 2.2. eu-LISA's tasks in the multiple-identity detection procedure. – 3. eu-LISA: A fair data processor for interoperability? – 3.1. Data processor versus data controller under EU law. – 3.2. eu-LISA: The data processor. – 4. Findings.

1. *Introduction*

The European Union (EU) Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security, and Justice¹ (eu-LISA) was founded in 2011² to encompass the tasks performed by the Management Authority (European Commission) in operating the central part of the existing large-scale IT systems, including some of those related to the communication infrastructures. These systems were: the Schengen Information System (SIS)³,

* Post-doctoral researcher fellow at the Department of Public Law of the University of Basque Country (UPV/EHU). This paper is part of the aid JDC2022-048217-I, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033 and the European Union “NextGenerationEU”/PRTR, and of the Research Group in Social and Legal Sciences applies to New Technologies (GI CISJANT, ref. IT1541-22) funded by the Basque Government Department of Education.

¹ D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El espacio de libertad, seguridad y justicia*, in A. Mangas Martín and D. J. Liñán Nogueras (eds.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020, pp. 85-118.

² Regulation (EU) No 1077/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice, OJ L 286, 1.11.2011, p. 1-17, and M. ILLAMOLA DAUSÀ, *EU-LISA, El Nuevo Modelo de Gestión Operativa de Las Diferencias de Datos de la UE*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 111/2015, pp. 105-126.

³ Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals, OJ L 312, 7.12.2018, p. 1-13; Regulation (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006, OJ L 312, 7.12.2018, p. 14-55; Regulation (EU) 2018/1862 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment,

the European Dactyloscopy System (Eurodac)⁴, and the Visa Information System (VIS)⁵ In 2018⁶, its mandate was expanded in order to cover the Entry/Exit System (EES)⁷, the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS)⁸, the System for the identification of Member States holding conviction information on third-country nationals and stateless persons (ECRIS-TCN)⁹

operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU, OJ L 312, 7.12.2018, p. 56-106; and F. TASSINARI, *A revolutionary Schengen Information System? From the first to the second-second generation of the SIS*, ADiM Blog, Analyses & Opinions, June 2022, to gain knowledge on its development.

⁴ Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (recast), OJ L 180, 29.6.2013, p. 1-30.

⁵ Consolidated text: Regulation (EC) No 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation), OJ L 218, 13.8.2008, p. 60-81.

⁶ Regulation (EU) 2018/1726 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (eu-LISA), and amending Regulation (EC) No 1987/2006 and Council Decision 2007/533/JHA and repealing Regulation (EU) No 1077/2011, OJ L 295, 21.11.2018, p. 99-137.

⁷ Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011, OJ L 327, 9.12.2017, p. 20-82.

⁸ Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226, OJ L 236, 19.9.2018, p. 1-71.

⁹ Regulation (EU) 2019/816 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 establishing a centralised system for the identification of Member States holding conviction information on third-country nationals and stateless persons (ECRIS-TCN) to supplement the

and their interoperability (Regulations 2019/817¹⁰ and 2019/818¹¹ or IO Regulations)¹².

eu-LISA participates in the activities concerning the processing of personal data with significant impacts on the fundamental rights to privacy and data protection enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFREU)¹³. Despite the wide range of tasks eu-LISA performs under the IO Regulations, the agency¹⁴ is conferred a data processor rather than a data controller role¹⁵, which could be justified in the terms explained below.

2. *eu-LISA's tasks under the interoperability framework*

2.1. *From the design to the entry into operation of the interoperability components*

eu-LISA is assigned crucial tasks during the design and development phases of the interoperability infrastructure, as well as competence to realise the necessary adjustments required to ensure the interoperability between large-scale IT systems and interoperability components – namely the European Search Portal (ESP), the shared Biometric Matching Service (sBMS),

European Criminal Records Information System and amending Regulation (EU) 2018/1726, OJ L 135, 22.5.2019, p. 1-26.

¹⁰ Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of borders and visa and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 and (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council and Council Decisions 2004/512/EC and 2008/633/JHA, OJ L 135, 22.5.2019, p. 27-84.

¹¹ Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration and amending Regulations (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 and (EU) 2019/816, OJ L 135, 22.5.2019, p. 85-135.

¹² N. VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union*, Leiden, 2022.

¹³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 391-407.

¹⁴ J. ALBERTI, *Le Agenzie dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2018.

¹⁵ C. LORENZO, *Il ruolo del Responsabile del trattamento ("Data Processor") prima e dopo il Regolamento (UE) n. 2016/679 e il suo rapporto contrattuale con il titolare del trattamento ("Data controller")* (*The Role of the Data Processor Before and After the Regulation (EU) n. 2016/679 and bis Contractual Relationship with the Data Controller*), in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 1-2/2019, pp. 199-213; and A. CAZALILLA LÓPEZ, *El representante del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales en la regulación actual*, in *Diario La Ley*, n. 9271/2018.

the Common Identity Repository (CIR), and the multiple-identity Detector (MID) – including the Central Repository for Reporting and Statistics (CRRS).

Along with other responsibilities, eu-LISA is required to define the design and evolution of the physical architecture of the interoperability components, their communication infrastructures, and the technical specifications. The development and implementation of the interoperability components, instead, should follow the adoption of the relevant secondary legislation and «[...] shall consist of the elaboration and implementation of the technical specifications, testing and overall project management and coordination»¹⁶. eu-LISA also plays a prominent role in the entry into operation of the interoperability components (ESP, sBMS, CIR, and MID) and the CRRS since it tests and validates them¹⁷.

eu-LISA is required to «develop and maintain a mechanism and procedures for carrying out quality checks on the data stored in the sBMS and the CIR» for which purpose the European Commission should adopt an implementing act to establish the date from which, on the one hand, the automated data quality control mechanisms and procedures apply and, on the other hand, the common data quality indicators and the minimum data quality standards must be implemented¹⁸. Such an act would follow the completion of successful testing¹⁹. In this respect, eu-LISA is regarded as a key player as far as biometric data is concerned, and it is competent to adopt common standards of data quality.

Once the interoperability components have entered into operation, eu-LISA will be responsible for the «technical management of the central infrastructure of the interoperability components, including their maintenance and technological developments»²⁰. Thus: «All interoperability components shall be developed and managed in such a way as to ensure fast, seamless, efficient and controlled access, full, uninterrupted availability of the components and the data stored in the MID, the shared BMS and the CIR, and a response time in line with the operational needs of the Member States' authorities and Union agencies»²¹. For this purpose, eu-LISA is required to ensure that «the best available technology is used, subject to a cost-benefit analysis»²².

eu-LISA is prevented from accessing the logs to monitor the compliance

¹⁶ Article 54(3), para. 5 of IO Regulations.

¹⁷ Articles 72 and 68 of Regulations 2019/817 and 2019/818 respectively.

¹⁸ Article 37(4) of IO Regulations.

¹⁹ Article 72 of Regulations 2019/817 and Article 68 of 2019/818.

²⁰ Article 55(1) of IO Regulations.

²¹ Article 55(1), last para. of IO Regulations.

²² Article 55(1) of IO Regulations.

of data processing under the IO Regulation²³ in cooperation with the competent supervisory authorities (DPAs) and the European Data Protection Supervisor (EDPS). Granting eu-LISA access to those logs would represent a turning point to make the agency responsible for the data processing activities concerning both systems and components, as the EDPS has already suggested²⁴. Yet, the fact that the agency has no access to the data processed through the ESP, the sBMS, the CIR, or the MID is not of decisive relevance in terms of controllership according to the Court of Justice of the EU (CJEU)²⁵. Moreover, access to the CRRS for reporting and statistics has been limited to anonymised personal data that fall out from the scope of the EU data protection package²⁶.

Last but not least, eu-LISA is required to ensure the security of the IT infrastructure of the components – including their maintenance and technological improvements – and of the relevant communication infrastructure²⁷ which integrates tasks usually delegated to the data processor. Yet, such a designation contradicts the one foreseen under Article 57(1) of Regulation 2018/1240 for which eu-LISA is the controller of the ETIAS Central System as far as information security management is concerned.

2.2. *eu-LISA's tasks in the multiple-identity detection procedure*

As we have already analysed elsewhere in this Blog²⁸, the multiple-identity detection procedure set forth under Article 21 of IO Regulations enables the establishment of coloured links among the identity files stored in the underlying large-scale IT systems as long as identity, travel document, and biometric data match each other.

The comparison consists of an automated processing activity that could flow into the generation of a white or yellow link²⁹. While yellow links are provisional outcomes that require the intervention of a competent authority for conducting the so-called manual verification procedure, we have maintained

²³ Article 44 of IO Regulation.

²⁴ EDPS, *Opinion 4/2018 on the Proposals for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems*, Brussels, 16 April 2018.

²⁵ CJEU, judgment of 29 July 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG v Verbraucherzentrale NRW eV*, C-40/17, EU:C:2019:629, para. 69

²⁶ Article 62 of IO Regulations.

²⁷ Article 55(1) of IO Regulations.

²⁸ F. TASSINARI, *The Management of Migrants' Identities at the EU External Borders: Quo vadis Interoperability?*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, November 2021.

²⁹ Article 27(5) of IO Regulations.

that white links result from a fully automated decision-making process that takes place based on pre-defined algorithm thresholds. Specifically, an automated white link indicates that the data inputs are identical or similar to the ones already stored in the CIR – and eventually in the SIS – and match with the templates held by the sBMS: in other words, the data belong to the same person³⁰.

The European Commission has laid down the procedures to determine the cases in which identity data can be considered as the same or similar in a delegated act³¹. In these terms, eu-LISA covers a key position as it is in charge of conducting tests on the algorithms used by the MID and of scrutinising the quality of the data used to improve such a predictive mechanism³². However, and as the European Parliament objected³³, the European Commission cannot subdelegate the definition of those cases to other actors, including eu-LISA, so the empowerment of the latter must be limited to a consulting activity.

3. *eu-LISA: A fair data processor for interoperability?*

3.1. *Data processor versus data controller under EU law*

Distinguishing between the data processor and data controller concepts is of paramount importance under EU law to allocate responsibility for personal data processing operations³⁴ – e.g., to conduct a data protection impact assessment (DPIA) in case of high-risk processing operations³⁵ – and, consequently, to empower data subjects to exercise the rights stemming from Regulation

³⁰ Article 33 of IO Regulations.

³¹ Commission Delegated Regulation (EU) 2023/333 of 11 July 2022 supplementing Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council as regards determining cases where identity data are considered as same or similar for the purpose of the multiple identity detection, C/2022/4775, OJ L 47, 15.2.2023, p. 17-28.

³² Article 54(3) of IO Regulations.

³³ EP, *Objection to a delegated act: Determining cases where identity data may be considered as same or similar for the purpose of the multiple identity detection pursuant to Regulation (EU) 2019/818*, Strasbourg, 20 January 2022.

³⁴ P. BLUME, *An alternative model for data protection law: changing the roles of controller and processor*, in *International Data Privacy Law*, n. 4/2015, pp. 292-297; and *id.*, *Controller and processor: is there a risk of confusion?*, in *International Data Privacy Law*, n. 2/2013, pp. 140-145.

³⁵ EDPS, *Opinion on the ETIAS DPIA*, Brussels, 13 September 2021.

2016/679 (GDPR)³⁶, Directive 2016/680 (LED)³⁷, and Regulation 2018/1725 (EUDPR)³⁸, especially when it comes to claiming damages for unlawful activity. In practice, the appointment of data protection controller and processor settles down the applicable legal framework³⁹ and the competent DPA to whom they respond.

According to the EUDPR, Articles 4(7) and (8), the controller is «the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data»; the term processor, instead, refers to «a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the controller» (emphasis added). As noted under Article 29 Data Protection Working Party (DPWP)⁴⁰: «The concept of controller is autonomous, in the sense that it should be interpreted mainly according to Community data protection law, and functional, in the sense that it is intended to allocate responsibilities where the factual influence is, and thus based on a factual rather than a formal analysis». Concretely, the functionality principle obliges us to look at the factual elements or circumstances of the case to establish who determines – i.e., actually exerts influence – the purposes (why?) and means (how?) of the processing activity.

Hence, in the case of complex data processing activities, several actors may de facto influence controlling functions – which would give rise to a joint controllership⁴¹ – for example, when the processing activity entails specific

³⁶ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

³⁷ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89-13.

³⁸ Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC (Text with EEA relevance.), OJ L 295, 21.11.2018, p. 39-98.

³⁹ CJEU, *judgment of 13 May 2014, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, C-131/12, EU:C:2014:317, para. 60.

⁴⁰ DPWP, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”*, Brussels, 16 February 2010.

⁴¹ V. CIMINA, *The data protection concepts of ‘controller’, ‘processor’ and ‘joint controllership’*

privacy risks. In this sense, the data subject has a legitimate expectation to approach any controller on the basis of the image that the actors involved project to outsiders.

Being the determination of the purposes more meaningful than the means in designating the controller, Article 29 DPWP assumed that these two elements are not cumulatively mandatory⁴². Yet, the EDPS rectified that «[...] the controller cannot settle with only determining the purpose. It must also make decisions about the means of the processing. Conversely, the party acting as the processor can never determine the purpose of the processing»⁴³.

3.2. *eu-LISA: The data processor*

The sister Regulations elucidate that: «In relation to the processing of personal data in the shared BMS, the CIR and the MID, eu-LISA shall be the data processor within the meaning of point (12)(a) of Article 3 of Regulation (EU) 2018/1725»⁴⁴. Hence, eu-LISA performs processing operations on behalf of the following data controllers⁴⁵:

- Member States' authorities that are controllers of the underlying systems in relation to the biometric templates stored in the sBMS;
- Member States' authorities that are controllers of the underlying systems in relation to the data stored in the CIR; and
- Member States' authorities adding or modifying the data in the identity confirmation file as well as the European Border and Coast Guard (EBCG) Agency in relation to the processing of personal data by the ETIAS Central Unit as far as the MID is concerned.

Still, this Article does not clarify whether the Member States' authorities and the EBCG Agency – and/or other actors possibly appointable – could be considered as controllers for white links generated by the MID in an automated manner. As we have already flagged elsewhere⁴⁶, the non-notification of MID automated white links to the data subjects may end up watering down

under Regulation (EU) 2018/1725, in ERA Forum, n. 21/2021, pp. 639-654.

⁴² Ibidem.

⁴³ EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, Brussels, 2 September 2020.

⁴⁴ Article 41 of IO Regulations.

⁴⁵ Article 40 of IO Regulations.

⁴⁶ F. TASSINARI, *La interoperabilidad de los sistemas de información de gran magnitud de la Unión Europea y la detección de identidades múltiples: garantías y responsabilidades*, in F. J. GARRIDO CARRILLO (ed.), *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Pamplona, 2021, pp. 291-338.

the right to access, rectify, and erase personal data so that the underlying fundamental rights might not be effectively guaranteed. Furthermore, in the case of automated-decision making, it is important to clarify who is responsible for the processing of personal data.

All in all, assessing whether eu-LISA is actually performing data processor functions rather than (joint-)controller ones is not that easy. However, the analysis above seems to favour the former option. First, because even if eu-LISA's practice might come to influence the means through which personal data are processed by the interoperability components, in any case it would not be deciding «the purposes of an anticipated outcome that is intended or that guides [...] planned actions»⁴⁷. Indeed, even though the agency participates in the implementation of the algorithm thresholds generating the MID automated yellow and white links, their values are determined by the co-legislator in the frame of the IO Regulations. Second, when referring to the “means” of the processing activity, Article 29 DPWP and EDPS distinguish between technical and organizational aspects, and they state that the latter criterion in particular is useful to spoil out who the data controller is. Concretely, questions like which data shall be processed, for how long, or who shall have access to them must not be provided in the processor's mandate but by a contract – e.g., via Standard Contractual Clauses⁴⁸ – or, like in our case, under a legal act⁴⁹. Thus, as long as eu-LISA decides non-essential means for the processing, like the software or hardware used under the interoperability frameworks, its participation does not upgrade at the controller level.

However, this position does not absolve the agency of its responsibility; on the contrary, it emphasises the need for ex ante and ex post controls over its work in light of the applicable legal frameworks holding the agency fully liable for the damages caused⁵⁰. Besides, since eu-LISA's mandate allows for the contracting of external private-sector entities or bodies to deliver, set up, maintain, and monitor the communication infrastructure, we must recall

⁴⁷ DPWP, *op. cit.*

⁴⁸ EDPB-EDPS, *Joint Opinion 1/2021 on the European Commission's Implementing Decision on standard contractual clauses between controllers and processors*, Brussels, 14 January 2021.

⁴⁹ Article 29 of EUDPR.

⁵⁰ Articles 46 of IO Regulations, 65 of EUDPR, and 340 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47-390 (TFEU). Cfr. A.G., HERNÁNDEZ, *Responsabilidad civil de encargados y responsables del tratamiento de datos en el Reglamento UE de Protección de Datos*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, pp. 132-158.

that the same data protection obligations as set out in the IO Regulations apply to sub-processors, and that: «Where that other processor fails to fulfil its data protection obligations, the initial processor shall remain fully liable to the controller for the performance of that other processor's obligations»⁵¹. In this regard, the EDPS warned⁵² that the EUDPR provisions also apply in case of sub-contracting – especially when providing for collaboration with and accountability before the EDPS – so as to make infringements of privacy and data protection rights surface.

4. Findings

This paper analysed the tasks deployed by eu-LISA under the interoperability framework and provided insights on the agency's appointment as a processor for the personal data treated by the interoperability components. Being eu-LISA assigned key duties to design, develop, and monitor the interoperability components, including for the algorithm thresholds performing the multiple-identity detection procedure, we noted that its practical activity does not extend as far as to influence the purposes and means of personal data processing whereas only relates to the non-essential elements. Even though the complexity of the reform at stake harshens our analysis on the real range of its role, to date, eu-LISA seems to rightly appear in the guise of a processor rather than of a controller, as the EDPS has recently weighed in another context⁵³.

⁵¹ Article 29 of EUDPR.

⁵² EDPS, *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'EURODAC' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No [...] [...] [...] (Recast version)*, Brussels, 5 September 2012.

⁵³ EDPS, *Opinion 6/2023 on the Proposals for Regulations on the collection and transfer of advance passenger information (API)*, Brussels, 8 February 2023.

PARTE II

LE SCELTE POLITICHE NAZIONALI

LA RESTRIZIONE DELL'ASILO

LE TRE POLITICHE MIGRATORIE DEL GOVERNO MELONI

Maurizio Ambrosini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La generosità verso i profughi ucraini. – 3. L'apertura alle braccia in arrivo dall'estero. – 4. La chiusura verso i profughi del Sud del mondo. – 5. Due libri sull'argomento.

1. *Introduzione*

Quando nelle società riceventi si discute d'immigrazione, s'intende in realtà la mobilità umana problematica. Il nostro sguardo sugli spostamenti attraverso le frontiere è selettivo, anche e soprattutto quando non ce ne accorgiamo. E non si tratta soltanto di percezioni o atteggiamenti socialmente condivisi, ma di prospettive che si riflettono sulle definizioni politiche e sulla produzione normativa. Anzitutto, non consideriamo e non trattiamo come immigrati i cittadini dei paesi sviluppati e neppure le élite dei paesi in via di sviluppo: questi anzi godono di diritti di libera circolazione forse mai così ampi come oggi. In alcuni paesi, come Cipro e Malta, possono acquistare la cittadinanza se investono nel paese una certa cifra ed eventualmente assumono qualcuno, senza essere sottoposti alle trafilie dell'anzianità di residenza, dei test di conoscenza linguistica, delle dimostrazioni d'integrazione. Più o meno ovunque, nel mondo sviluppato, godono di permessi di soggiorno privilegiati (Golden Visa e simili) e di diritti come quello di portare con sé i propri familiari.

Gli arrivi dal Sud del mondo di rifugiati o persone comuni suscitano invece allarme e timori d'invasione. Meloni ha recentemente rilanciato la leggenda dell'Italia "campo profughi d'Europa": un'affermazione contraddetta dai dati Eurostat, secondo cui nel 2022 la Germania ha ricevuto 218.000 richieste d'asilo, la Francia 137.000, la Spagna 116.000, l'Italia 77.000. I richiedenti asilo non arrivano soltanto dal mare. Sbagliato ed enfatico anche parlare di un'emergenza senza precedenti. Nel 2015 e 2016 nell'UE le richieste di asilo hanno superato il milione: 1.321.000 nel 2015 e 1.259.000 nel 2016, a causa soprattutto della guerra in Siria e della fuga di chi poteva da quel martoriato paese, ed è stata la Germania ad accoglierne gran parte. In Italia nel 2014-

* Professore ordinario di Sociologia dell'ambiente e del territorio, Università di Milano statale.

2017 gli sbarchi hanno superato sempre le 100.000 unità all'anno, prima dei controversi accordi con la Libia, mentre le domande di asilo sono cresciute proporzionalmente a seguito dell'istituzione degli hotspot richiesti dall'UE, superando le 100.000 nel 2016 e nel 2017, ma rimanendo comunque sempre al di sotto dell'impegno della Germania e di altri paesi: la Svezia accoglie 25 rifugiati ogni 1.000 abitanti, l'Austria 15, l'Italia meno di 6, ucraini compresi.

2. *La generosità verso i profughi ucraini*

È altrettanto significativo, tuttavia, che in un momento in cui ritorna in auge la chiusura dei confini nei confronti degli sbarchi dal mare, assistiamo ad almeno tre diversi trattamenti dei nuovi arrivati.

Il primo approccio riguarda i profughi ucraini, a oltre un anno dall'invasione russa. La scelta è stata compiuta dal governo Draghi, nella scia delle decisioni assunte dall'Unione Europea, ma il governo Meloni le ha silenziosamente confermate. L'Italia a fine marzo 2022 ha recepito la direttiva dell'Unione Europea dell'inizio del mese, concedendo una protezione di un anno, rinnovata nel 2023, l'immediato accesso all'assistenza sanitaria e al sistema educativo, la possibilità di cercare un impiego regolare. Ma non solo. Ha affidato alla Protezione Civile la regia dell'accoglienza, istituendo un nuovo canale di assistenza ai rifugiati, che si differenzia da quelli già esistenti (CARA, SAI e CAS). La Protezione civile ha immediatamente emanato un'ordinanza che all'articolo 1 parla di "Accoglienza diffusa". Ha riconosciuto l'esigenza di integrare l'offerta pubblica di servizi di ospitalità rivolgendosi agli Enti del Terzo settore, ai Centri di servizi per il volontariato, alle Associazioni registrate, agli Enti religiosi civilmente riconosciuti. A questi soggetti di natura privata ha chiesto di prevedere un pieno coinvolgimento dei Comuni mediante la sottoscrizione di accordi di partenariato. Ha così configurato, almeno sulla carta, una strategia di accoglienza condivisa, che chiama a collaborare enti locali, servizi pubblici, forze organizzate della società civile, datori di lavoro. Ha previsto poi un'altra significativa innovazione: i rifugiati ucraini sono stati incoraggiati a cercare sistemazioni abitative autonome, nel mercato dell'affitto o presso famiglie locali, ricevendo direttamente un contributo di 300 euro al mese per ogni adulto e di 150 euro per i minori, per un periodo di tre mesi. Per la prima volta le istituzioni pubbliche italiane hanno riconosciuto autonomia e responsabilità ai rifugiati, trattandoli da adulti capaci di badare a sé stessi. Nello stesso tempo hanno previsto che si attivasse un'offerta privata di abitazioni disponibili, non solo da parte di famiglie solidali, ma anche di normali proprietari immobiliari, quelli che normalmente si mostrano assai diffidenti verso gli immigrati e so-

prattutto verso gli altri rifugiati arrivati nell'ultimo decennio. Il 'caso ucraino' ha dunque modificato i parametri culturali con cui si era soliti considerare i nuovi arrivati e la nostra capacità di accoglierli.

Un problema è rimasto però insoluto, e si riallaccia alla questione dell'apertura selettiva. L'accoglienza è stata garantita ai cittadini ucraini, ma non altrettanto ai soggiornanti stranieri in Ucraina: per questi ultimi, vale soltanto in caso di possesso di un permesso di soggiorno permanente o di uno status di rifugiati, con l'aggiunta dell'impossibilità di tornare in condizioni sicure e stabili nel Paese di origine. Ossia non si salva quasi nessuno. Esclusi per esempio gli studenti, i lavoratori con contratti a tempo determinato, i richiedenti asilo di altri Paesi che si sono trovati coinvolti nella guerra. Per tutte queste persone fuggite dall'Ucraina sono rimaste in vigore le normali regole della protezione internazionale, ossia il lungo e incerto percorso della domanda d'asilo.

A un anno di distanza, l'Italia ha accolto circa 170.000 profughi ucraini (la Germania, è bene ricordarlo circa un milione), senza porre limitazioni numeriche. È rimarchevole il fatto che l'accoglienza non ha suscitato polemiche politiche né resistenze sociali, né speculazioni mediatiche. Sarebbe difficile sostenere che i profughi ucraini non pesino sul sistema di welfare, eppure – fortunatamente – nessuno ha eccepito. Non sono nemmeno definiti nel discorso pubblico come rifugiati o immigrati.

3. *L'apertura alle braccia in arrivo dall'estero*

Il secondo caso scaturisce direttamente dalle recenti disposizioni governative, che hanno abbozzato una sorta di nuovo schema delle politiche migratorie dopo il disastro di Cutro. Sono morte in mare persone che fuggivano da guerre e repressioni, e l'esecutivo Meloni ha annunciato un aumento delle opportunità d'ingresso per lavoro, che coinvolgerà paesi diversi da quelli da cui partivano i naufraghi di Cutro, in buona parte afgani. Il governo ha in realtà risposto alle pressioni dei datori di lavoro, stretti tra carenza di manodopera e procedure bizantine per i nuovi ingressi, tanto che finora i decreti-flussi sono serviti sostanzialmente a regolarizzare lavoratori già entrati in Italia e privi di documenti idonei per l'assunzione.

Qui va notata una convergenza con ciò che sta accadendo in altri paesi dell'UE, sebbene con un approccio stentato e riluttante, giustificato con la motivazione di scoraggiare le partenze spontanee anziché ammettere che l'immigrazione inserita nel sistema economico è una risorsa.

Per circa vent'anni, l'immigrazione dai nuovi paesi entrati nell'UE, come Polonia, Romania, Bulgaria, ammessa nel giro di qualche anno alla piena li-

bertà di movimento, ha soddisfatto le richieste dei mercati del lavoro dei paesi della vecchia UE bisognosi di manodopera, tra cui l'Italia. Altri canali, come i ricongiungimenti familiari (Francia) e l'accoglienza di rifugiati (Germania, Svezia), assumevano in modo indiretto anche il compito di rifornire di manodopera il sistema economico. Ora però, nel contesto post-pandemico, le vecchie ricette stanno mostrando la corda. I datori di lavoro un po' ovunque lamentano di non trovare i lavoratori di cui hanno bisogno, e dall'Est a quanto pare non arrivano più candidati in numero sufficiente. Così Germania, Francia e Spagna stanno correndo ai ripari.

La Germania, con la sua robusta economia, è stata la prima a imboccare, sebbene con prudenza, la strada di una nuova politica degli ingressi. Una nuova legge, uscita nel 2022, punta ad attrarre lavoratori in possesso di competenze utili al sistema economico tedesco. Persone dotate di diplomi che attestino la loro qualificazione, conoscano sufficientemente la lingua tedesca, dispongano di un alloggio, siano in grado di mantenersi durante il periodo di ricerca di un'occupazione. La legge viene ritenuta ancora timida da molti esperti, irta di complicazioni burocratiche. D'altronde la previsione governativa di ammettere 25.000 lavoratori all'anno rimane lontana dalle stime dei fabbisogni, che superano il milione di posti vacanti. È importante però il segnale, in una materia in cui messaggi e narrazioni hanno più che mai il potere di plasmare le visioni e quindi le decisioni politiche. La Germania, peraltro, in modo più discreto, si è già dotata di un meccanismo per integrare nel sistema occupazionale i richiedenti asilo diniegati, mediante corsi di formazione e accordi con le imprese.

Il governo francese ha assunto alla fine del 2022 un'iniziativa che va nella medesima direzione. A fronte di un sistema d'ingressi legali per lavoro restrittivo e inefficiente, i ministri degli interni e del lavoro hanno anticipato una proposta, approvata nel 2023, sebbene accompagnata da varie restrizioni: l'introduzione di un permesso di soggiorno per i "mestieri sotto tensione", destinato agli immigrati irregolari già presenti, che troverebbero impiego, o l'hanno già trovato informalmente, laddove manca manodopera. Si rafforzerebbe così la corsia già in vigore delle regolarizzazioni caso per caso. Forse un nuovo strumento normativo neppure servirebbe, ma anche questa proposta ha un significato culturale: mostrare che la Francia è di nuovo pronta ad accettare l'immigrazione per lavoro.

La Spagna conferma a sua volta un'apertura a soluzioni pragmatiche e liberali in materia di politiche migratorie. Nell'agosto 2022 ha introdotto nuove norme per agevolare l'ingresso di lavoratori da paesi terzi richiesti dal sistema produttivo. Le complesse procedure fin qui previste sono state parecchio alleggiate, soprattutto per il settore edile. Anche per chi è entrato nel paese per

motivi di studio o per un tirocinio formativo è ora più facile lavorare legalmente. La Spagna dispone inoltre di procedure piuttosto generose per regolarizzare chi non dispone di un permesso di soggiorno idoneo, e per evitare che gli immigrati che perdono il lavoro cadano nell'irregolarità.

Per quanto riguarda l'Italia, si può comunque cogliere un aspetto positivo nei nuovi orientamenti governativi: l'apertura ai nuovi ingressi indica un cambiamento culturale, o almeno il suo inizio. L'immigrazione non è più una minaccia, ma a certe condizioni diventa un ausilio per la ripresa. Si comincia ad ammettere che un fenomeno complesso e variegato come quello migratorio non può essere trattato in blocco, e tanto meno governato a colpi di slogan e di polemiche sui social networks. Vanno distinte e gestite le sue componenti, anche se questo non può significare chiudere le porte a chi fugge dalle guerre e mai potrà ottenere preventivamente un'autorizzazione all'ingresso per lavoro.

4. *La chiusura verso i profughi del Sud del mondo*

In coda alla lista delle politiche migratorie selettive compaiono infatti le persone in cerca di asilo, ma non beneficiarie della cittadinanza ucraina. Qui l'approccio governativo assume un segno decisamente avverso, rafforzato dal Consiglio dei ministri riunito a Cutro nel mese di marzo, dopo il decreto anti-ONG promulgato a gennaio. È bene ricordare di passaggio che l'aumento degli sbarchi nel 2023 (oltre 150.000 a fine anno) smentisce l'idea che le navi delle ONG attraessero le partenze. Le navi umanitarie nel 2022 avevano d'altronde soccorso soltanto il 12% delle persone sbarcate. Ancora più importante notare il contrasto tra i 170.000 ucraini accolti pacificamente e gli allarmi per gli arrivi dal mare di un numero di persone più o meno simile, anche perché i più non vedono l'ora di passare le Alpi per insediarsi in altri paesi.

In contrasto con la parziale apertura nei confronti dei lavoratori, sull'asilo il governo cerca di rafforzare la linea della chiusura, rafforzata nell'autunno 2023 dal controverso accordo con l'Albania. La retorica sul "diritto a non emigrare" significa in realtà imporre il dovere di non emigrare, soprattutto a chi proviene dai contesti più critici. La prima misura varata è il rafforzamento dei CPR, ossia i centri destinati a rinchiudere le persone in vista del rimpatrio forzato, disumani quanto inefficienti, ammettendo così implicitamente il fallimento delle precedenti rumorose campagne sull'incremento delle espulsioni (5-6.000 all'anno, anche con Salvini al Ministero degli Interni e Piantodosi al suo fianco).

La seconda misura è l'aggravamento delle pene per i cosiddetti scafisti, su cui il governo scarica la responsabilità delle morti in mare. In realtà chi guida

le barche è l'ultimo anello della catena del trasporto illegale, non sono certo i boss a rischiare la vita in mare o l'arresto. Tra gli arrestati per la tragedia di Cutro c'è un minorenne, e qualche anno fa erano una cinquantina i minorenni rinchiusi nelle carceri italiane per reati analoghi. Va poi ricordato, se ce ne fosse bisogno, che il trasporto illegale prospera perché non esistono vie d'ingresso legali a disposizione di chi fugge, e usa mezzi fatiscenti o inadeguati perché sa che i natanti verranno sequestrati e distrutti.

Una terza disposizione restrittiva introdotta dal Decreto Cutro riguarda l'introduzione di una lista di Paesi considerati "sicuri", per i cui cittadini si prevede una sorta di detenzione preventiva, un esame accelerato delle domande ritenute pregiudizialmente infondate, seguito da una rapida espulsione. È l'aspetto più controverso, su cui alcuni giudici in Sicilia si sono già opposti, vanificandone finora l'attuazione.

Infine, il permesso per "protezione speciale" è stato drasticamente ristretto e in prospettiva, secondo la premier verrà abolito. Era un'opportunità per tutelare chi, pur non avendo ottenuto il riconoscimento come rifugiato, aveva compiuto dei passi verso l'integrazione sociale, per esempio avendo imparato l'italiano e trovato un lavoro. Ricacciarlo nell'ombra, ossia in mezzo a una strada, sarà un dramma per lui e un problema per tutti.

Nessuna menzione invece, neppure nella successiva conversione in legge, dei corridoi umanitari o di altre soluzioni alternative ai viaggi per mare. Generosità dunque verso gli ucraini, cauta apertura alle braccia, porte chiuse verso le persone in fuga da altre guerre e repressioni.

5. *Due libri sull'argomento*

Questa impostazione però non manca di suscitare mobilitazioni di senso contrario. Di rifugiati e solidarietà si occupano due recenti volumi. Il primo reca appunto il titolo "Rifugiati e solidali"⁵⁴. È un'analisi dell'attuazione del diritto di asilo, che discute di politiche locali e governance dell'asilo, accoglienza istituzionale e servizi sociali, forme di volontariato ed esempi di attivismo, processi d'integrazione sul territorio e passaggi delle frontiere: due capitoli sono dedicati all'accoglienza a Trieste e agli attraversamenti delle Alpi verso la Francia.

Il secondo s'intitola "Stato d'assedio"⁵⁵. Ha l'obiettivo di confutare le narrazioni infondate su rifugiati e richiedenti asilo, spiegando per esempio che i

⁵⁴ M. AMBROSINI (a cura di), *Rifugiati e solidali*, Bologna 2023.

⁵⁵ M. AMBROSINI, *Stato d'assedio. Come la paura dei rifugiati ci sta rendendo peggiori*, Milano 2023.

tre quarti sono accolti in paesi in via di sviluppo o di livello intermedio, e che l'Unione Europea prima dell'invasione dell'Ucraina ne accoglieva meno del 10%, mentre ora sarà forse attestata intorno al 20%. Il libro delinea inoltre nel capitolo finale la possibile via d'uscita all'alternativa tra respingimenti e rischiosi viaggi per mare.

Benché parole d'ordine come sovranità, confini, nazione, sembrano oggi prevalere, un altro sguardo è possibile, e una diversa visione dei diritti umani e della solidarietà è tutt'altro che sconfitta.

L'OSCILLAZIONE DEL PENDOLO,
OVVERO DELLE RESTRIZIONI DELLA PROTEZIONE SPECIALE
DOPO LA CONVERSIONE
DEL DECRETO LEGGE N. 20/2024 (C.D. CUTRO)

Salvatore Curreri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione speciale nell'ambito del diritto d'asilo tutelato dall'art. 10.3 Cost. e la precedente evoluzione della relativa disciplina legislativa. – 3. Le restrizioni alla protezione speciale introdotte con il d.l. n. 20/2023 (c.d. Cutro): considerazioni critiche.

1. *Introduzione*

Con la conversione (legge 5 maggio 2023, n. 50) del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, denominato con una certa pretestuosità “Cutro” (come se il luogo di una strage potesse giustificare le diverse misure introdotte...), i casi di protezione speciale a beneficio dei migranti non rientranti nella c.d. protezione internazionale hanno subito una sensibile restrizione. Come più volte dichiarato da diversi esponenti della maggioranza di governo, Presidente del Consiglio in testa, si tratta infatti di una forma di protezione non obbligatoria perché non imposta da fonti internazionali ed europee, alla cui restrizione pertanto non osta l'obbligo, imposto dall'art. 117, comma 1, Cost. al legislatore (statale e regionale), di rispettare i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Inoltre, tale protezione ha sempre costituito un fattore di attrazione (*pull factor*) dell'immigrazione clandestina perché residualmente accordata – in modo per lo più eccessivo ed indiscriminato – agli stranieri cui non era stato riconosciuto né il diritto di rifugio politico, né quello alla protezione sussidiaria, temporanea o per rilevanti esigenze umanitarie. Ma è veramente così?

2. *La protezione speciale nell'ambito del diritto d'asilo tutelato dall'art. 10.3 Cost. e la precedente evoluzione della relativa disciplina legislativa*

Innanzitutto, al netto di un certo uso strumentale delle fonti UE, sono ben diciassette gli Stati dell'Unione europea (tra cui Germania, Spagna, Francia,

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Libera Università degli Studi di Enna “Kore”.

Grecia, Paesi Bassi, Austria e Ungheria, nei quali si concentrano il maggior numero di richieste in tal senso) che, pur non essendo obbligati, prevedono forme di protezione ulteriori rispetto a quella previste a livello internazionale ed europeo, a dimostrazione dell'esistenza di una diffusa percezione della limitatezza di queste ultime.

Ciò spiega, e veniamo al secondo punto, perché la protezione speciale sia stato finora la forma di tutela maggiormente riconosciuta (10.865 permessi nel 2022, pari al 45,6% del totale; dati Eurostat su cui Zorzella¹) ai migranti giunti in Italia, peraltro, per lo più provenienti non, come comunemente si crede, dal mar Mediterraneo ma attraverso la rotta balcanica (per lo più albanesi, oltreché peruviani).

Ma soprattutto la sensibile restrizione della protezione speciale pone un serio problema di costituzionalità. L'art. 10 della nostra Costituzione (ma anche l'art. 14 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'ONU il 10 dicembre 1948) sancisce che «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». In mancanza di una legge organica attuativa, la Cassazione² ha ritenuto tale articolo suscettibile di applicazione diretta in quanto disposizione immediatamente precettiva. Tale diritto di asilo, sempre secondo la Cassazione³, trova attuazione nel nostro ordinamento grazie a tre forme di protezione.

Le prime due sono previste da fonti internazionali e dell'UE e rientrano dunque nella c.d. protezione internazionale: *a*) il diritto di rifugio politico, sancito dalla Convenzione di Ginevra del 1951, che protegge lo straniero (c.d. rifugiato) in caso di fondato timore di persecuzioni personali; *b*) la protezione sussidiaria (direttiva 2011/95/UE) a favore dello straniero che, se espulso verso il Paese d'origine, correrebbe il fondato rischio di subire un grave danno (condanna a morte, tortura, pene o trattamenti inumani, crudeli o degradanti) o una grave minaccia alla sua vita a causa di un conflitto armato (come in Siria o in Libia).

Il terzo necessario tassello che dà attuazione al diritto d'asilo sancito dall'art. 10 Cost. è costituito dai permessi di soggiorno per protezione speciale rilasciati ai migranti non rientranti nei primi due casi. Tale forma di protezione fu introdotta dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. *Testo Unico sull'Immigrazione*; d'ora in poi TUI) sotto forma di permessi di soggiorno rilasciati per seri

¹ N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, in *Questionegiustizia.it*, 4 aprile 2023.

² Cass. Civ., sez. un., sentenza del 26 maggio 1997, n. 4674.

³ V., da ultimo, Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 15 settembre 2020, n. 19176.

motivi, specie di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.

Essa è rimasta in vigore anche dopo la riforma approvata nel 2002 con la c.d. Bossi-Fini (legge 30 luglio 2002, n. 189) finché con il decreto-legge c.d. sicurezza approvato dal governo Conte I (n. 113/2018) si decise di limitarla agli unici due permessi di soggiorno per protezione speciale imposti dal rispetto del principio internazionale di *non refoulement*⁴. In base ad esso, infatti, lo straniero non può essere espulso o respinto verso uno Stato in cui: *a*) può essere oggetto di persecuzioni per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali; *b*) vi sia il fondato rischio di essere sottoposto a tortura, anche alla luce di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (artt. 19, comma 1, 32, comma 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25). Per il resto, furono introdotti permessi di soggiorno temporanei per casi speciali rilasciati agli stranieri solo in ipotesi specifiche dovute a ragioni più sociali che umanitarie: vittime di violenza o grave sfruttamento, specie in ambiente domestico o lavorativo; condizioni di salute di particolare gravità; situazioni di contingente ed eccezionale calamità; compimento di atti di particolare valore civile.

Gli effetti di tale stretta non tardarono a prodursi: i permessi speciali rilasciati si ridussero ad appena l'1% delle forme di protezione nel 2019 ed al 2% del 2020.

Per recuperare l'originaria ispirazione umanitaria di tale forma di protezione, il governo Conte II, com'è noto basato su una maggioranza parlamentare politicamente diversa, approvò un nuovo decreto legge (n. 130/2020), in base al quale allo straniero cui era stata respinta la domanda di protezione internazionale poteva essere rilasciato un permesso di soggiorno biennale per protezione speciale in forza del rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali oppure in caso di fondato rischio che il rimpatrio lo avesse potuto esporre al rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, in forza del rispetto in tali casi del suddetto principio di *non refoulement*.

3. *Le restrizioni alla protezione speciale introdotte con il d.l. n. 20/2023 (c.d. Cutro): considerazioni critiche*

Con la definitiva conversione del c.d. decreto Cutro da parte della nuova maggioranza parlamentare di centro destra, siamo in presenza dell'ennesima

⁴ Cfr. artt. 3 Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 28 luglio 1951 (ratificata con l. 722/1954), modificata dal Protocollo adottato a New York il 31 gennaio 1967 (ratificato con l. 95/1970); v. anche art. 19 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

oscillazione del pendolo in materia di protezione speciale e per casi speciali, stavolta in senso restrittivo.

Per un verso, si limitano sensibilmente i presupposti per il rilascio dei permessi per casi speciali. Sono modificate le condizioni di salute che impediscono l'espulsione: non più consistenti in «gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie» ma «derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel Paese d'origine» (art. 19, comma 2, lett. *d-bis* TUI). Lo stesso dicasi per la calamità che, per impedire l'espulsione, deve essere non più «grave» ma «contingente ed eccezionale»: in tal caso, il permesso di soggiorno di sei mesi può essere rinnovato solo per ulteriori sei mesi (art. 20-*bis* TUI).

Per altro verso, per quanto nel corso dell'esame parlamentare alla fine si sia deciso di non abrogare il divieto di respingimento o espulsione (oltreché d'estradiatione) qualora ricorrano gli obblighi costituzionali ed internazionali, ex art. 19, comma 1.1, TUI (l'omaggio che il vizio rende alla virtù...), tale divieto è stato comunque abrogato «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare». D'ora in poi, pertanto, il migrante potrà essere respinto o espulso (senza più ottenere il permesso di soggiorno per protezione speciale) anche se ciò comporti la violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare. Tale diritto è, però, espressamente sancito dall'art. 8 CEDU, il cui contenuto pare dunque radicalmente leso dall'abrogazione di tale divieto⁵. È dunque molto probabile che su tale abrogazione i giudici, non potendo a mio avviso né disapplicarla⁶, né dare ad essa un'interpretazione costituzionalmente conforme, sollevino eccezione d'illegittimità dinanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'obblighi internazionali nel cui rispetto la potestà legislativa va esercitata ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Parimenti, sono stati abrogati quei riferimenti di cui si doveva tenere conto per valutare il rischio di tale violazione: la natura e l'effettività dei vincoli familiari dell'interessato; il suo effettivo inserimento sociale in Italia; la durata del suo soggiorno nel territorio nazionale; l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine (artt. 19, comma 1.1, terzo e quarto periodo, TUI abrogati dall'art. 7, comma 1, lett. *c*) d.l. n. 20/2023). Tutti riferimenti che permettevano di comparare «la situazione soggettiva e oggettiva del

⁵ R. CHERCHI, *Il "decreto Cutro" tra domanda di forza lavoro e insofferenza per i diritti fondamentali*, in *AdIM blog*, aprile 2023.

⁶ Corte Cost., sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348, 6.1 cons. dir.; *contra* R. CHERCHI, *Ibidem*.

richiedente con riferimento al paese di origine e la situazione d'integrazione raggiunta in Italia, attribuendo alla condizione del richiedente nel paese di provenienza un peso tanto minore quanto maggiore risulti il grado d'integrazione che il richiedente dimostri di aver raggiunto nella società italiana» in base a vari indici: rapporto di lavoro; conoscenza della lingua italiana; titolarità di un rapporto locatizio; frequenza dei figli in asili o scuole; partecipazione ad associazioni radicate nel territorio⁷.

Rimane dunque solo il permesso di soggiorno per protezione speciale, rilasciabile se vi è il rischio che il migrante respinto, espulso o estradato sia sottoposto a tortura o a trattamenti inumani, in forza del rispetto del citato principio internazionale di *non refoulement*. Tale permesso, però, al pari di quelli speciali per calamità e per cure mediche, non può più essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro a favore dei migranti che l'avessero anche temporaneamente trovato, così da riservarli solo a coloro cui sono stati attribuiti a seguito del c.d. decreto flussi⁸.

Da quanto esposto, emerge netta la sensazione che il richiamo al rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali, tra cui va annoverato il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), per quanto non abrogato, costituisca solo una formale clausola di stile, utile ad evitare il ripetersi d'immediati rilievi d'incostituzionalità da parte del Presidente della Repubblica (come quelli proprio in tal senso formulati il 4 ottobre 2018 in occasione della promulgazione del c.d. decreto sicurezza), ma di fatto eluso dalla sensibile restrizione di quella forma di protezione che ha consentito finora di offrire una ampia e non tipizzabile tutela agli stranieri non rientranti negli specifici casi di rifugio politico e nella protezione sussidiaria, in coerenza con l'ampia configurazione del diritto d'asilo previsto in Costituzione.

Diritto riferito ad una condizione – l'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche – che non può essere definita in modo esaustivo⁹ e che va piuttosto considerato un "catalogo aperto" i cui casi vanno determinati «alla luce dell'evoluzione del quadro complessivo dei diritti umani desumibili dal

⁷ Cass. Civ., sez. un., sentenza del 25 maggio 2021, n. 24413; v. anche Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 5 settembre 2022, n. 26089; Corte Edu, sentenza del 14 febbraio 2019, *Narijs c. Italia*, ric. n. 57433/15; sulla perdurante necessaria applicazione di tali criteri in quanto elaborati dalla Corte Edu v. N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore*, cit.

⁸ M. PAGGI, *Le "nuove" disposizioni in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri: il vecchio che avanza*, in *Questionegiustizia.it*, 6 aprile 2023.

⁹ Cass. Civ., sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

sistema costituzionale interno, da quello convenzionale e dagli obblighi internazionali ai quali il nostro ordinamento è vincolato»¹⁰.

In conclusione, il rischio è che, al pari di quanto accaduto con i c.d. decreti sicurezza, gli stranieri cui sarà negato tale essenziale forma di protezione speciale si trasformino da integrati in clandestini, venendo così allontanati dal sistema di accoglienza e magari sospinti verso l'illegalità, con purtroppo prevedibili effetti negativi sull'ordine pubblico. Ciò anche in considerazione delle note, ed in certa misura talora insuperabili (per ragioni soprattutto numeriche) difficoltà incontrate ai fini della loro espulsione o respingimento tramite accompagnamento coattivo alla frontiera. In ogni caso, rimane dubbio se la sensibile restrizione della protezione speciale e per casi speciali contrasti con il citato articolo 8 CEDU e, ancor prima, non corrisponda alla natura di "catalogo aperto" del diritto di asilo sancito dall'art. 10, comma 3 Cost. a favore di qualunque straniero cui «sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana».

¹⁰ Cass. Civ., sez. I, sentenza del 23 gennaio 2019, n. 4890.

“DECRETO CUTRO”: GLI ULTIMI SVILUPPI DELLA NORMATIVA IN TEMA DI IMMIGRAZIONE

Giulia Mentasti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Decreto Cutro. – 2.1. Il potenziamento dei centri di permanenza per il rimpatrio. – 2.2. Gli interventi in materia di protezione speciale. – 2.3. Nuove fattispecie penali per gli scafisti. – 3. Conclusioni.

1. *Introduzione*

I primi mesi del 2023 hanno portato consistenti modifiche in materia di diritto dell’immigrazione. Il riferimento è sicuramente a due interventi normativi, entrambi adottati con le forme della decretazione d’urgenza: il d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, poi convertito con modifiche in l. 24 febbraio 2023, n. 15 (cd. decreto Piantedosi) e il d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (cd. decreto Cutro), già approvato, con consistenti modifiche, il 20 aprile dal Senato e ora passato al vaglio della Camera, la cui decisione è attesa per il 9 maggio¹.

Proprio quest’ultimo provvedimento – di cui questo contributo si propone di dare brevemente conto – contiene rilevanti novità in materia di centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), protezione speciale e disposizioni di contrasto agli ‘scafisti’. Trattandosi di profili molto importanti, proveremo a inquadrare e soppesare la portata di tali modifiche avendo in mente, da un lato, i precedenti sviluppi normativi e, dall’altro, il contesto politico e sociale in cui tali novità si inseriscono.

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

¹ Nel momento in cui il presente contributo viene inserito nell’Annuario ADiM-IntoME 2023 (gennaio 2024) sono intercorse alcune modifiche normative che hanno interessato gli istituti oggetto d’esame. In particolare, si segnala l’avvenuta conversione in legge, con modifiche, del d.l. 20/2023 ad opera della l. 5 maggio 2023, n. 50 nonché l’intervento del d.l. 19 settembre 2023, n. 124, convertito con modificazioni dalla l. 13 novembre 2023, n. 162. Per una disamina delle modifiche apportate da questi interventi normativi – di cui il presente contributo non tiene conto – si rimanda a R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei C.P.R. secondo il decreto-legge 124/2023, o di come valorizzare le worst practices*, in *ADiM Blog*, novembre 2023. Sulla implementazione, invece, del Protocollo Italia-Albania che prevede la creazione di centri in territorio albanese, destinati al trattenimento di stranieri irregolari e richiedenti asilo si veda L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema penale*, 20 dicembre 2023.

2. *Decreto Cutro*

Come noto, il 26 febbraio 2023, nei pressi della località calabrese di Steccato di Cutro, oltre ottanta persone hanno perso la vita annegando in mare nel tentativo di raggiungere le coste italiane. All'indomani della tragedia, il Consiglio dei ministri si è riunito proprio a Cutro – «per dare un segnale allo stesso tempo simbolico e concreto»² – e ha approvato un nuovo decreto-legge recante «Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare», finalizzato a rafforzare gli strumenti di «contrasto ai flussi migratori illegali e all'azione delle reti criminali che operano la tratta di esseri umani». Presto ribattezzato dai media 'decreto Cutro', il d.l. 10 marzo 2023, n. 20 si compone di dodici articoli: tra questi, oltre a una serie di indicazioni relative alla programmazione dei flussi di ingresso di cui non ci occuperemo, riteniamo opportuno soffermarci sui seguenti tre profili.

2.1. *Il potenziamento dei centri di permanenza per il rimpatrio*

Il primo riguarda i centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr), ossia i luoghi dove, ai sensi dell'art. 14 TUIIMM, avviene il trattenimento amministrativo dello straniero in attesa di espulsione³. La privazione della libertà personale che ha luogo nei Cpr (fino al 2017 chiamati CIE) avviene per ragioni svincolate dalla presenza di un reato, ma piuttosto connesse a impedimenti, di natura amministrativo-burocratica, che ostacolano la preparazione del rimpatrio. Il trattenimento nel Cpr, in sostanza, serve a evitare che nel tempo necessario alle Autorità per il superamento di tali ostacoli, lo straniero espellendo si renda irreperibile. Dopo l'intervento, da ultimo, del d.l. n. 130/2020, l'art. 14 co. 5 TUIIMM prevede che la privazione della libertà nei Cpr possa avere una durata massima di novanta giorni, prorogabile per altri trenta qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia ha sottoscritto accordi in materia di rimpatri.

Molte e condivisibili sono le voci che criticano i Cpr, ravvisando un *unicum* – basti dire che si tratta del solo caso di privazione della libertà in assenza da reato – contornato di criticità che ne mettono in dubbio la stessa legittima

² Queste le parole utilizzate dalla Presidente del Consiglio Giorgia Meloni in occasione della Conferenza stampa del Consiglio dei Ministri n. 24, tenutasi a Cutro il 9 marzo 2023. Il testo è consultabile sul sito *governo.it*.

³ Sulle modifiche apportate dal d.l. 20/2023 alla disciplina delle espulsioni si veda G. SAVIO, *Le (apparentemente) minime modifiche alle disposizioni in materia di espulsioni apportate dal d.l. n. 20/2023*, in *Questione giustizia*, 5 aprile 2023.

presenza nell'ordinamento⁴. Senza addentrarci troppo nella discussione, ci basti ricordare che, come per tutte le forme di privazione della libertà personale, ai sensi dell'art. 13 della Costituzione, la disciplina dei *casi* e dei *modi* del trattenimento è affidata alla legge ordinaria dello Stato. Se ciò avviene per i *casi* – e infatti l'art. 14 TUIMM indica quali sono le situazioni che determinano il trattenimento nel CPR – risulta invece assente una fonte di rango primario che – al pari di quanto avviene con la legge sull'ordinamento penitenziario – regoli, i *modi*, ossia i luoghi e le condizioni di vita durante il trattenimento. A eccezione di un vago e insufficiente richiamo al rispetto della dignità dello straniero trattenuto contenuta nell'art. 14 TUIMM, nessuna legge si occupa delle condizioni di trattenimento degli stranieri nei Cpr che, ad oggi, risultano disciplinate da una Direttiva del Ministero dell'interno⁵ e dai singoli regolamenti interni di ogni Cpr.

Stante questo quadro, il decreto in commento – sulla scia di quelli che lo hanno preceduto – non solo non affronta i profili critici dello strumento, ma sancisce il 'potenziamento' di tali centri (art. 10), autorizzando l'ampliamento della rete dei Cpr anche *in deroga* a ogni disposizione di legge diversa da quella penale e prevedendo in capo al Prefetto la possibilità di "commissariamento" del Cpr in caso di gravi inadempimenti da parte dell'ente gestore (art. 6).

Si direbbe, dunque, che il trattenimento amministrativo degli stranieri in attesa di espulsione, previsto e (mal) disciplinato dall'art. 14 TUIMM continui ad essere considerato uno strumento imprescindibile del sistema, nonostante le gravi lacune accennate e, altresì, nonostante la sua scarsa efficacia. Riporta, infatti, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nella Relazione al Parlamento 2022 che su un totale di 5147 persone transitate nei CPR nel corso del 2021, 'solo' 2520 sono stati effettivamente rimpatriati, il 49%, dopo un tempo di permanenza medio di poco più di 36 giorni (si spazia dai 14 del Centro di Caltanissetta Pian del Lago ai 73 del Cpr di Macomer). Osserva il Garante che il tempo trascorso nei Cpr «è *sospeso*» e, in particolare per le persone che al termine del trattenimento non vengono rimpatriate, «quel tempo sospeso è stato semplicemente sottratto alla vita per divenire soltanto simbolo rassicurante per la collettività».

⁴ *Ex multis*, A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 maggio 2012.

⁵ Direttiva recante criteri per l'organizzazione dei centri di permanenza per i rimpatri, approvata dal Ministro dell'Interno il 19 maggio 2022; tale direttiva aggiorna – e contestualmente sopprime – il decreto del Ministro dell'Interno del 20 ottobre 2014.

2.2. *Gli interventi in materia di protezione speciale*

Il secondo profilo di interesse riguarda i consistenti interventi restrittivi in materia di protezione speciale. Senza la pretesa di esaminare qui l'evoluzione e il contenuto di questo strumento, ci basti ricordare che – con il nome di protezione umanitaria – è stato introdotto nel 1993, sostituito dal più limitato “permesso speciale” ad opera del d.l. n. 113/2018⁶ (concesso solo per cure mediche, eccezionali calamità e atti di particolare valore civile) e poi ri-esteso dal d.l. n. 130/2020 (che, recependo alcuni approdi giurisprudenziali del 2018⁷, ha esteso i divieti di espulsione, tra gli altri, ai casi di avvenuta di integrazione).

In estrema sintesi possiamo dire che la protezione speciale è uno strumento complementare che si affianca ad altre due forme di protezione già presenti nell'ordinamento: la protezione internazionale (riconosciuta, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951) e la protezione sussidiaria. In un'ampia serie di ipotesi – sulle quali è intervenuto il d.l. n. 10/2023, riducendole – il riconoscimento della protezione speciale dà diritto a un permesso di soggiorno, valido per due anni ed eventualmente convertibile in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Fino all'entrata in vigore del decreto in commento, la disciplina della protezione speciale – contenuta all'art. 19 co. 1 e 1.1 TUIMM – prevedeva, tra gli altri, un divieto di espulsione nei casi in cui l'allontanamento avrebbe comportato una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dello straniero (fatte salve ipotesi di rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico) da valutare tenendo conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine. Il decreto Cutro – lasciando inalterate le altre situazioni che legittimano il riconoscimento della protezione speciale descritte ai commi 1 e 1.1. (prima e seconda parte)

⁶ Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*» convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

⁷ In particolare, si veda Cass., I Sez. Civ., sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455 con nota di C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione giustizia*, 14 marzo 2018.

– è intervenuto proprio su queste previsioni, eliminandole, con possibili gravi ripercussioni sul sistema di accoglienza italiano.

Come anticipato, il decreto si trova ora in fase di conversione ed è verosimile che le modifiche in materia di protezione speciale approvate dal Senato saranno confermate dalla Camera con voto di fiducia; in ogni caso, non manca – ed è meritevole di attenzione – la voce di chi già osserva la “sopravvivenza” anche dei casi di protezione speciale interessanti dalla scure del legislatore, trattandosi di disposizioni sul diritto alla vita privata e familiare che danno attuazione a principi sovranazionali e costituzionali⁸.

Infine, ci sembra opportuno ricordare che a differenza di quanto affermato da alcuni esponenti della maggioranza⁹, la protezione speciale non è affatto un *unicum* italiano. Una rapida ricerca su Eurostat¹⁰, ad esempio, mostra che una forma di protezione complementare (speciale/umanitaria) è presente in molti altri Paesi europei (i media parlano di 18 Paesi su 27¹¹) e che, anzi, il primato nel numero di riconoscimenti di queste forme complementari di protezione non spetta certo all'Italia (dove nel 2022 hanno ottenuto la protezione speciale 10.865 persone), bensì a Paesi come la Germania (30.020 permessi di soggiorno per motivi umanitari nel 2022) e la Spagna (20.925).

2.3. Nuove fattispecie penali per gli scafisti

Il terzo profilo riguarda, infine, le nuove disposizioni (penali) in materia di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare. Si delineano due novità. In primo luogo, il legislatore ha innalzato di un anno, nel minimo e nel massimo, le pene già previste per le ipotesi di favoreggiamento sia nella forma semplice (che ora va da 2 a 6 anni) che in quella aggravata (ora da 6 a 16 anni). In secondo luogo, ha previsto al nuovo art. 12-*bis* una fattispecie rubricata «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» che ora punisce con la pena della reclusione da 20 a 30 anni ipotesi di favoreggiamento aggravato (trasporto o ingresso attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sotto-

⁸ Così N. ZORZELLA, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, in *Questione giustizia*, 4 aprile 2023; sempre sul tema si veda G. TRAVAGLINO, *La protezione umanitaria tra passato e futuro*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/ 2022.

⁹ Così riportato da L. SALVI, *Stop alla protezione speciale, la linea dura sugli sbarchi*, in *Corriere della Sera*, 15 aprile 2023.

¹⁰ I dati richiamati sono accessibili al seguente indirizzo web: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asydcfsta/default/table?lang=en.

¹¹ Dati riportati da A. ZININI, *La protezione speciale c'è in 18 Paesi su 27. È falso che faccia aumentare gli sbarchi*, in *La Repubblica*, 17 aprile 2023.

posizione a trattamento inumano o degradante) qualora dal fatto derivi, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone.

Come prontamente osservato¹², si tratta dell'ennesimo intervento simbolico. Se per le nuove cornici edittali è evidente che l'aumento di un anno non avrà in concreto grandi ricadute, la previsione della reclusione fino trenta anni nel nuovo art. 12 *bis* appare invece superflua, posto che già prima, stanti le molte aggravanti previste e il frequente concorso formale di altri reati (omicidio colposo plurimo o lesioni colpose plurime), era possibile raggiungere tale limite massimo. La (unica) vera conseguenza sta forse nel nuovo minimo edittale di venti anni, che impedisce al giudice di scendere sotto tale soglia in caso di causazione involontaria della morte di più persone.

Colpisce, ma non stupisce, invece la perdurante assenza di ogni specificazione degli autori di tali reati. Il Governo, infatti, continua a riferirsi senza distinzione ai «trafficienti che troviamo sulle barche» e agli «scafisti», parificando il disvalore delle condotte e, di fatto, ignorando il monito della Corte costituzionale, che con la sentenza n. 63/2022 aveva invece sottolineato l'importanza di *saper distinguere*, per ogni caso, le condotte sulla base della loro concreta offensività¹³.

La portata e il significato della novella normativa si coglie appieno se si tiene in considerazione che, nelle intenzioni del Governo, la lotta agli scafisti va di pari passo con un nuovo giro di vite impresso alle attività delle ONG con il d.l. n. 1/2023, conv. con modif. in l. n. 15/2023, il cosiddetto decreto Piantadosi.

Dopo il codice di condotta del 2017, il d.l. n. 53/2019 e il d.l. n. 130/2020, il decreto in commento è nuovamente intervenuto in materia di transito e sosta nelle acque territoriali delle navi non governative impegnate nelle operazioni di soccorso in mare, modificando l'art. 1, co. 2 del d.l. n. 130/2020 e, in so-

¹² L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Questione giustizia*, 3 aprile 2023.

¹³ Corte Cost., sentenza del 10 marzo 2022, n. 63. Vd. commento di S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2022. Sempre sul tema, in dottrina: C. PITEA, S. ZIRULIA, "Friends, not foes": *qualificazione penalistica delle attività delle ong di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SIDIblog*, 26 luglio 2019; A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'articolo 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. n. 63/2022)*, in *Dir., Imm. Citt.*, n. 3/2022.

stanza, ampliando il numero delle condizioni che le ONG devono rispettare per non vedere adottati, nei propri confronti, i provvedimenti di divieto o limitazione al transito o alla sosta nel mare territoriale italiano. Tra queste, il cd. decreto Piantedosi ora prevede il raggiungimento, *senza ritardo*, del porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità per il completamento dell'intervento di soccorso.

È evidente che tale previsione (confermata anche in sede di conversione) incide direttamente sulle concrete modalità operative delle ONG, in particolare ostacolando la prassi di attendere nelle acque internazionali, dopo un primo salvataggio, per qualche giorno l'eventuale segnalazione di altri eventi SAR, così ottimizzando le proprie capacità di soccorso prima di dirigersi verso il porto assegnato. “Senza ritardo”, dunque, deve leggersi come una precisa indicazione alle ONG di porre fine a questo modus operandi, senza peraltro poter ostacolare – salvo violare il diritto internazionale – eventuali operazioni SAR sulla via del ritorno, rese doverose dalla segnalazione di una situazione di distress¹⁴. A queste previsioni, infine, deve aggiungersi la nuova prassi delle autorità italiane di assegnare alle ONG porti di sbarco molto lontani dalle aree in cui vengono attuate le operazioni SAR, così imponendo alle navi viaggi anche di più giorni prima di poter sbarcare le persone soccorse. Non solo questa nuova prassi – formalmente giustificata dalla necessità di alleggerire le regioni meridionali dal carico dell'accoglienza – contrasta apertamente con le sopracitate esortazioni al non accumulare ritardo, ma si traduce, di fatto, in un concreto ostacolo alle operazioni di soccorso impedendo, come ovvio, alle navi di essere operative nel Mediterraneo.

3. Conclusioni

L'11 aprile 2023 il Consiglio dei ministri ha deliberato lo stato di emergenza su tutto il territorio nazionale, per sei mesi, a seguito dell'eccezionale incremento dei flussi di persone migranti attraverso le rotte del Mediterraneo. La delibera – che ancora oggi non è consultabile in Gazzetta ufficiale – conferisce all'esecutivo poteri straordinari in materia e completa il quadro emergenziale tracciato dalle nuove misure introdotte rendendo evidenti come il fenomeno migratorio, pur interessando il nostro Paese da ormai almeno trent'anni, rappresenti ancora un'emergenza da arginare, più che un fenomeno da gestire.

¹⁴ Così L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema penale*, 13 febbraio 2023.

Il potenziamento dei Cpr, senza alcun ripensamento sulla loro funzione e sulle molte criticità che li contraddistinguono, la restrizione della protezione speciale e le nuove sanzioni penali in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (associate all'ennesima stretta sulle attività delle ONG) mostrano l'orientamento del legislatore e la sempre più forte politicizzazione della materia. Guardati nel loro insieme, questi interventi si mostrano coerenti con la linea politica condivisa della maggioranza di Governo in materia di immigrazione ma tradiscono l'assenza di una visione d'insieme su come governare un fenomeno complesso come le migrazioni.

IL SISTEMA DI ACCOGLIENZA DEI RICHIEDENTI ASILO IN ITALIA IN “EMERGENZA SISTEMICA”?

Elisa Cavasino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La “crisi sistemica” del sistema italiano di accoglienza e le risposte politico-amministrative e normative dello Stato. – 3. La “crisi sistemica” del CEAS.

1. *Introduzione*

Ad aprile 2023, una sentenza della divisione amministrativa del Raad van State, la suprema corte amministrativa dei Paesi Bassi, ha mostrato quanto sia basso il tasso di effettività di uno dei pilastri normativi del funzionamento del Sistema europeo comune d’asilo (CEAS): il principio della fiducia reciproca fra gli Stati membri dell’Unione europea.

Tale principio, posto alla base del Regolamento Dublino III¹, presuppone che tutti gli Stati membri siano dotati di un sistema di accoglienza dei richiedenti asilo che in ogni momento prodromico e successivo alla definizione dello status di protezione (identificazione, procedure per il riconoscimento di status di protezione e garanzia delle condizioni di accoglienza di cui alla dir. 2013/33/UE oltre alle prospettive di integrazione socioeconomica), sia capace di assicurare l’accesso a prestazioni di volte ad assicurare la soddisfazione di bisogni vitali² e offra garanzie del rispetto della legalità delle procedure amministrative e giurisdizionali nello Stato membro in linea con il principio della *rule of law*.

Sulla base del principio della fiducia reciproca, le condizioni di accoglienza e le misure di integrazione predisposte da ogni Stato membro devono consentire al richiedente asilo e al beneficiario della protezione internazionale di non incorrere in situazioni di estrema deprivazione materiale. In particolare, gli Stati dell’Unione devono evitare che un soggetto totalmente dipendente dalla loro assistenza non sia in condizione di «far fronte ai suoi bisogni più elementari quali, segnatamente, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio», che

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo.

¹ Reg. UE 603/2013.

² CGUE (Grande Sezione) sentenza del 19 marzo 2019, *Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, EU:C:2019:218.

possa essere pregiudicata la sua salute fisica o psichica o, infine, che possa trovarsi «in uno stato di degrado incompatibile con la dignità umana»³.

La violazione delle condizioni di accoglienza e, più in generale, della direttiva 2013/33/UE e della direttiva 2013/32/UE relativa alle procedure, costituiscono la prova che il sistema di accoglienza dello Stato membro presenta delle carenze gravi. Quando tali carenze diventano talmente gravi da esporre il richiedente asilo o il beneficiario di protezione internazionale a condizioni di estrema deprivazione materiale e sono anche carenze generalizzate, si determinano “carenze sistemiche” del sistema di accoglienza che assumono rilevanza anche sul piano della violazione dell’Art. 3 CEDU⁴. Ciò impone di sospendere i trasferimenti dei richiedenti asilo verso tale Stato membro⁵.

Il principio della fiducia reciproca coesiste con la necessità di assicurare piena effettività anche alla tutela dei diritti umani protetti dalla CEDU. Per tale ragione, gli automatismi normativi che caratterizzavano il sistema di Dublino hanno ceduto il passo a “presunzioni relative” di garanzia dei basilari diritti dei richiedenti asilo codificati nel diritto UE. È stata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla portata e gli effetti degli articoli 3 e 5 della CEDU a imporre, nelle ipotesi in cui sussiste il fondato rischio di violazione degli artt. 3 e 5 CEDU, una vera e propria “interruzione” nel funzionamento dei meccanismi di Dublino. La Corte EDU ha operato dei “distinguo” in relazione alla gravità delle carenze ed alle conseguenze relative al rischio d’incorrere in trattamenti inumani e degradanti per i richiedenti asilo ai sensi dell’art. 3 CEDU⁶ e, in passato, ha ritenuto che non sussistessero, per l’Italia carenze del sistema di accoglienza tali da ritenere violato l’art. 3 CEDU ma, in concreto, ha rilevato violazioni dell’art. 5 della Convenzione⁷.

La pronuncia del Giudice amministrativo olandese e le recenti risposte amministrative e normative dello Stato italiano relative al sistema di accoglienza impongono di ritornare nuovamente sul tema dell’adeguatezza del sistema italiano di accoglienza rispetto agli standard CEDU in tema di divieto di trattamenti inumani e degradanti e sulle dinamiche di funzionamento del CEAS. In questa decisione, in particolare, la sussistenza del fondato rischio per i richiedenti asilo di incorrere in trattamenti inumani e degradanti viene determinata

³ *Ibid.*

⁴ Corte Edu (GC), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09.

⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. et. alt. c. Regno Unito*, C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865.

⁶ Corte Edu, sentenza del 2 luglio 2020, *N.H. e altri c. Francia*, ric. 28820/13; 75547/13; 13114/15.

⁷ Corte Edu, sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia c. Italia*, ric. n. 16483/12.

sulla base di elementi “probatori” riconducibili a posizioni espresse dalle stesse Autorità dello Stato in note ufficiali indirizzate agli Stati membri dell’Unione.

La divisione amministrativa del Raad van Staate, infatti, ha impedito un trasferimento verso l’Italia di richiedenti asilo dando rilievo ad alcuni elementi, fra cui una nota circolare delle Autorità italiane datata 5 dicembre 2022 (richiamata nella pronuncia ma di cui non si trova alcuna traccia nel web e, in particolare, nel portale del Governo italiano). In tale nota, l’Italia, per “ragioni tecniche”, collegate anche all’alto flusso in entrata di richiedenti asilo, richiedeva una sospensione dei trasferimenti dei richiedenti asilo ai sensi del “Regolamento Dublino” (Reg. UE 604/2013).

Nella sentenza del giudice olandese si legge, in particolare, che l’alto afflusso di richiedenti asilo verso l’Italia avrebbe determinato una tale carenza di strutture e posti di accoglienza da indurre le autorità italiane a richiedere la sospensione temporanea dei trasferimenti⁸. Ciò conduce il giudice olandese a dubitare che l’Italia possieda oggi un sistema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale capace di assicurare la tutela dei *core rights* riconosciuti dall’articolo 3 CEDU e dall’4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Per tale ragione, le Autorità olandesi non possono procedere con i trasferimenti dei richiedenti asilo verso l’Italia.

2. *La “crisi sistemica” del sistema italiano di accoglienza e le risposte politico-amministrative e normative dello Stato*

Si presentano così, agli occhi degli osservatori, accanto a già note strategie normative d’intervento, nuove, problematiche “strategie politico-amministrative” di organizzazione del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo.

Un primo dato che emerge dall’azione del Governo italiano è che la “crisi” del sistema italiano di accoglienza sia, evidentemente, già in atto. La linea politico-amministrativa seguita dal Governo nel corso degli ultimi mesi si è articolata su una pluralità di livelli d’azione e strumenti d’intervento:

- 1) il 5 dicembre 2022 le “Autorità italiane” inviano una “nota circolare” con cui si richiede di sospendere i trasferimenti sulla base del Regolamento Dublino III (così si legge nella pronuncia del Raad van State olandese, ma anche in siti di informazione di Amministrazioni di Stati coinvolti nel funzionamento del CEAS, come la Svizzera). Come si è detto, la nota circolare di cui si è detto non risulta essere stata pubblicata e non è rintracciabile attraverso i canali di informazione ufficiali del Governo italiano;

⁸ Raad van State, sentenza del 26 aprile 2023, 202300521/1/V1.

- 2) ad aprile del 2023, il Governo italiano, attiva misure e strategie “anticrisi”, per la prima volta attivando in materia di asilo l’art. 7 c. 2 lett. c) d.lgs. n. 1/2018 Codice della protezione civile: il Consiglio dei ministri dell’11 aprile 2023 delibera di dichiarare sull’intero territorio nazionale, per sei mesi dalla data di deliberazione, lo stato di emergenza in conseguenza dell’eccezionale incremento dei flussi di persone migranti in ingresso sul territorio nazionale. A ciò è seguita l’adozione di tre Ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile, motivate tutte sulla base della circostanza che si «sta determinando una situazione di grande difficoltà derivante dalla saturazione del sistema di accoglienza nazionale»⁹;
- 3) la l. n. 50 del 2023, di conversione con modifiche ed integrazioni del decreto-legge n. 20 del 2023, nonostante quest’ultimo non recasse nel preambolo alcun riferimento alla grave crisi in atto nel sistema italiano di accoglienza, è intervenuta in modo profondo sull’organizzazione del sistema di accoglienza;
- 4) con il decreto-legge n. 133 del 2023 sono state introdotte ulteriori norme che dovrebbero migliorare i controlli alle frontiere e l’esecuzione delle espulsioni oltreché velocizzare le procedure per il riconoscimento degli status di protezione sul solco delle modifiche introdotte dalla l. n. 50 del 2023¹⁰.

È necessario soffermarsi in modo particolare sui primi tre punti.

Quanto alla “nota circolare” del 5 dicembre 2022 sulla sospensione dei trasferimenti dei richiedenti asilo ed alla dichiarazione dell’11 aprile 2023 relativa allo stato di emergenza migratoria, si può osservare che se questo genere di strategia può, nell’immediato, avere l’effetto di ostacolare il funzionamento del CEAS per ridurre la “pressione” sullo Stato di primo ingresso, ma, al con-

⁹ PDCM, Capo del Dipartimento della Protezione civile, ordd. nn. 982 del 16 aprile 2023; 993 del 9 maggio 2023; 994 dell’11 maggio 2023.

¹⁰ Oggetto di particolare attenzione sono state le disposizioni che riguardano la garanzia finanziaria “in luogo” del trattenimento disciplinata dal nuovo art. 18-*bis* comma 2 lett. b e b-*bis* d.lgs. n. 25 del 2008 come risultante dalle modifiche introdotte dalla l. n. 50 del 2023 e dal DM interno 14 settembre 2023 (in GURI n. 221 del 21 settembre 2023) ed i provvedimenti di non convalida del trattenimento di cui dà conto M. Savino, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM Blog*, settembre 2023 e E. Cavasino, *Una replica su immigrazione e diritto amministrativo*, in *Diario di diritto pubblico*, 18 ottobre 2023. Che la strategia normativa del Governo sia unitaria lo rappresenta bene l’informativa del Ministro dell’Interno Piantedosi alla Camera dei Deputati, XIX LEG., Resoconto stenografico dell’Assemblea, Seduta n. 179 di martedì 17 ottobre 2023.

tempo, nel medio-lungo periodo può produrre gravi conseguenze rispetto alla responsabilità per violazione di obblighi sovranazionali e CEDU.

La sentenza del Raad van State costituisce già un significativo elemento di allarme sotto questo punto di vista. Sussistono infatti, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza e dell'adozione delle ordinanze, chiari elementi di prova dell'assoluta inadeguatezza del sistema di accoglienza almeno in una data “fase storica”.

Questa strategia conduce, in altri termini, a individuare quali siano le carenze sistemiche che si sono già presentate nel sistema italiano di accoglienza, e quali siano già state le violazioni generalizzate degli artt. 3 CEDU e 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei confronti dei richiedenti asilo e dei beneficiari di status di protezione internazionale¹¹.

In relazione all'attivazione del sistema nazionale di protezione civile, deve aggiungersi che le forme che sta assumendo questo intervento mostrano una serie di aporie relative alla incongruenza fra la dichiarazione dell'emergenza su tutto il territorio nazionale e l'ambito territorialmente più circoscritto di operatività delle ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile (alcune Regioni ne sono escluse). Queste aporie dimostrano che il governo dell'accoglienza non dovrebbe, ma continua a prescindere dall'interrelazione fra differenti livelli di governo le cui competenze devono invece integrarsi alla luce del principio di leale collaborazione.

In conclusione, non solo le ragioni giustificative di tale intervento che emergono dai preamboli delle stesse ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile costituiscono una ulteriore “attestazione” o “prova” della crisi sistemica in atto in Italia, ma l'approccio che esse delineano, del tutto “governo-centrico” è stato prima attuato mediante questi interventi adottati sulla base del Codice della protezione civile e poi definito in alcuni tratti strutturali da modifiche normative al sistema di accoglienza introdotte con una legge di conversione.

Si tratta della l. n. 50 del 2023, una legge che interviene con modifiche ed integrazioni sul decreto-legge n. 20 del 2023 che, come detto, nel titolo e nel preambolo non ha ad oggetto la crisi del sistema di accoglienza.

È ora necessario richiamare brevemente i contenuti della “risposta normativa” alla crisi tratteggiata dalla l. n. 50 del 2023.

¹¹ Gli organi di stampa nazionale riportano peraltro notizie di disordini e suicidi nei CPR di Trapani Milo (31 gennaio 2023) e Roma Ponte Galeria (4 febbraio 2024) per le carenti condizioni igienico sanitarie e la mancanza di supporto psicologico e di assistenza ai non cittadini ivi presenti.

La legge di conversione del d.l. n. 20 del 2023 introduce importanti misure di riforma sul sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale. Le misure introdotte con emendamenti al disegno di legge di conversione riguardano misure per la gestione dei “punti di crisi” (hotspot) consentendo trasferimenti in “strutture analoghe” e l’individuazione di “strutture di accoglienza provvisoria” da parte dei Prefetti in caso di indisponibilità di posti nei CAS, i centri governativi di prima accoglienza¹² oltre all’affidamento di contratti di trasporto marittimo dei migranti¹³.

Questo tipo di modifiche non sembra capace di “mutare” il deficit ad oggi sussistente fra posti disponibili nei centri di prima accoglienza (CARA) e strutture di accoglienza straordinaria (CAS), quali risultanti dal Rapporto presentato in audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera il 21 febbraio 2023 e la Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza presentata al Senato dal Ministro dell’Interno il 29 novembre 2022¹⁴.

Quanto alle modifiche introdotte dall’art. 5-ter l. n. 50 del 2023 al sistema di “seconda” accoglienza, in particolare al Sistema di accoglienza e integrazione (SAI), con esse vengono esclusi la gran parte dei richiedenti asilo¹⁵. Queste misure, quindi, ridimensionano il ruolo del SAI nel sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e amplificano quello dei centri governativi.

La legge n. 50 del 2023 prevede poi ipotesi di decadenza dalle misure di accoglienza e disposizioni sulla riduzione o revoca delle condizioni di accoglienza¹⁶. Su tale specifico oggetto era già in atto una “dialettica” fra Corti e Legislatore¹⁷.

Sono previste poi misure straordinarie sulla gestione dei centri per migranti (art. 6) che si affiancano al “sistema emergenziale” attivato a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza di cui si è in precedenza detto. Oltre a misure sull’organizzazione della rete 118 sull’Isola di Lampedusa e sulla gestione dei centri per i migranti (art. 6-*bis*), sono poi state introdotte modifiche alla disciplina sulla modalità di accoglienza (art. 6-*ter*) che ridimensionano

¹² Art. 9 del d.lgs. 142 del 2015.

¹³ Interventi sugli artt. 10-*ter* del d.lgs. 286/1998 e 9 del d.lgs. 142 del 2015.

¹⁴ AS XIX Leg. DOC LI n. 2.

¹⁵ Con alcune eccezioni, cfr. modifiche all’art. 1-*sexies* del d.l. n. 416/1989 ed al d.lgs. n. 142 del 2015.

¹⁶ Cfr. in particolare l’art. 5-*quater* della Legge n. 50 del 2023.

¹⁷ Cfr. Cons. St., sentenza n. 11277/2022 richiamata nel *Dossier* del Servizio Studi della Camera dei Deputati, XIX Leg., relativo al DL n. 20/2023 - A.C. n. 1112, del 28 aprile 2023, II ed.; CGUE (Grande Sezione), sentenza del 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin c. Belgio*, C-233/18, EU:C:2019:956.

la platea delle prestazioni che i richiedenti asilo possono ricevere nel sistema di accoglienza: non verranno più assicurate l’assistenza psicologica, corsi di lingua italiana, forme di “supporto” giuridico e di orientamento territoriale che possono aiutare il richiedente asilo in questa prima fase di permanenza sul territorio nazionale.

Come si vede, gli interventi sono piuttosto incisivi sull’organizzazione ed il funzionamento del sistema italiano di accoglienza e nella gran parte introdotti dalla legge di conversione. Si pone quindi innanzitutto il problema della legittimità costituzionale di interventi in materia d’immigrazione ed asilo con decreti legge o con leggi di conversione che ampliano addirittura l’oggetto dell’intervento di necessità e d’urgenza. Ma non solo, è da chiedersi se questa strategia sia coerente con le linee di riforma del CEAS che emergono dalle dinamiche politiche e istituzionali sovranazionali.

3. *La “crisi sistemica” del CEAS*

Il Consiglio JHA dell’8-9 giugno 2023 Il tentativo italiano di “sospendere” il funzionamento del regolamento di Dublino dello scorso dicembre e gli interventi di riforma del sistema e delle condizioni di accoglienza adottati sia sul livello amministrativo sia sul piano normativo nel 2023 trovano una eco nel Consiglio Giustizia ed affari interni dell’8-9 giugno scorso¹⁸.

In tale contesto sono state adottate due proposte di riforma collegate con l’attuazione del Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo della Commissione Von der Leyen: la proposta di regolamento del 13 giugno 2023 relativo ad un meccanismo di Asylum and Migration Management (AMMR) e la proposta di regolamento del 14 giugno 2023 relativo ad una procedura comune d’asilo (*Common Asylum Procedure*).

In particolare, la prima proposta contribuisce a delineare la risposta sovranazionale alla crisi della fiducia reciproca nel sistema di Dublino III di cui sono espressione le vicende e le strategie italiane di cui si è discusso nei paragrafi precedenti.

Sembra potersi dire che a livello sovranazionale s’immagina di realizzare un meccanismo di monitoraggio e previsione dell’evoluzione dei flussi migratori.

Il meccanismo di management europeo poggia sul principio di solidarietà, anche finanziaria, che è uno degli altri pilastri sui quali è stato edificato il

¹⁸ Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza predisposto al fine di fronteggiare le esigenze straordinarie connesse all’eccezionale afflusso di stranieri nel territorio nazionale, riferita all’anno 2021, Council JHA, 8-9 June 2023.

CEAS e, però, come “contropartita”, richiede agli Stati membri di assicurare che il loro sistema di asilo, accoglienza e gestione dei flussi migratori sia *well prepared and that each component has sufficient capacity* (considerando nn. 7 ed 11 della proposta). In altri termini, l’attivazione del meccanismo di management sovranazionale non può prescindere da una premessa: che ciascuno Stato membro si adoperi per strutturare un sistema di accoglienza dotato di “sufficienti” capacità e strutture. Soltanto su tale base, legata al principio di responsabilità e fiducia reciproca, si possono attivare i meccanismi di solidarietà e flessibilità previsti dal meccanismo di management descritto nella proposta (considerando n. 12 della proposta).

Ove la proposta giungesse a tradursi in un regolamento, è evidente che approcci “strategici” di tipo emergenziale come quelli messi in atto in questi ultimi mesi dallo Stato italiano dovrebbero lasciare spazio a strategie volte ad ampliare in modo strutturale la capacità di accoglienza e a massimizzare e non ridurre le misure di integrazione nel sistema di accoglienza.

IL RILANCIO DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

IL TRATTENIMENTO IN ITALIA, TRA PASSATO, PRESENTE E FUTURO: VERSO UN RICORSO MASSICCIO ALLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA?

Elena Valentini*

SOMMARIO: 1. Dal 1998 al 2014: entrata in scena, normalizzazione e ripensamento della detenzione amministrativa in Italia. – 2. La controtendenza: dal 2015 ad oggi. – 3. *Segue*: in particolare, le modifiche del 2023. – 4. Conclusioni.

1. *Dal 1998 al 2014: entrata in scena, normalizzazione e ripensamento della detenzione amministrativa in Italia*

Il risveglio dell'attenzione mediatica e collettiva riservata al trattenimento sembra riflettere una certa inconsapevolezza (evidentemente diffusa tra i non addetti ai lavori) in ordine alla risalente – e ben salda – presenza dell'istituto nel sistema italiano. Tale inconsapevolezza è comprensibile, ove si pensi che, nonostante la graduale espansione dell'ambito applicativo dell'istituto, in concreto i numeri delle persone detenute nei centri “chiusi” non hanno mai raggiunto le dimensioni che ci si sarebbe potuti attendere sulla scorta del nudo dato positivo.

La storia della detenzione amministrativa nel nostro Paese ha seguito una traiettoria caratteristica: introdotto nel 1998 (anche quale “contropartita” per l'ingresso nell'area di libera circolazione Schengen), accolto da aspre critiche ma avallato dalla Corte costituzionale nel 2001, col tempo l'istituto ha visto inesorabilmente estendere il proprio perimetro di operatività.

Nel 2002, il legislatore ha scelto di privilegiare le modalità coattive per dar seguito all'espulsione (a sua volta caratterizzata da immediata esecutività); nel mentre – e a testimonianza della progressiva stabilizzazione dei cosiddetti centri chiusi – è entrato in scena anche il trattenimento riservato al richiedente asilo (v. art. 32 l. 30 luglio 2002, n. 189). Parallelamente sono stati potenziati gli strumenti della repressione penale, inseguendo l'intento di assicurare il controllo fisico sugli stranieri privi di titolo di soggiorno anche mediante il carcere: il diritto amministrativo e quello penale si sono quindi affiancati e influenzati a vicenda per colpire la semplice condizione di irregolarità, alimentando una macchina punitiva votata a una risposta sanzionatoria eviden-

* Professoressa associata di Procedura penale, Università di Bologna.

temente sproporzionata (ma mai colpita come tale dal Giudice delle leggi) rispetto all'offensività delle condotte di inottemperanza ingiustificata all'ordine di allontanamento impartito dal questore o di illecito reingresso nel territorio dello Stato.

Nel frattempo, gli interventi della Corte costituzionale intesi ad innalzare lo *standard* di tutela del procedimento di esecuzione coattiva dell'espulsione (concentratisi nei primi anni 2000) sono stati accolti con sistematica insofferenza dal legislatore, fino alla scelta – risalente al 2004, e mai in seguito sconfessata se non per il richiedente protezione internazionale – di assegnare al giudice di pace il ruolo di garante della libertà personale dello straniero.

Nel 2011, la nota sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia UE¹ ha impresso una battuta d'arresto alla politica di confinamento carcerario degli stranieri irregolari inaugurata con la c.d. legge "Bossi-Fini" (l. 30 luglio 2002, n. 189). In chiara risposta all'impossibilità di applicare la pena detentiva per il delitto di ingiustificata permanenza nel territorio dello Stato, la reazione del legislatore (intervenuta con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con mod. dalla l. 2 agosto 2011, n. 129) si è allora polarizzata sul versante amministrativo, e in particolare sulla disciplina della *pre-removal detention*: da un lato dilatandone i presupposti applicativi, dall'altro ammettendone una durata massima di addirittura diciotto mesi (corrispondente a quella consentita dall'art. 15, § 6 della direttiva 2008/115/CE).

Il periodo subito successivo al controverso recepimento della direttiva rimpatri (avvenuto con la novella del 2011) è stato segnato da un sostanziale disinvestimento rispetto alla detenzione amministrativa, dovuto, oltre che al mutato contesto politico, anche a un contingente calo dei flussi in ingresso (indotto anche alla crisi economica che ha afflitto il Paese), e reso tangibile dall'importante contrazione della durata massima della detenzione espulsiva intervenuta nel 2014, allora ridotta da diciotto mesi a novanta giorni (l. 30 ottobre 2014, n. 161). Tale arretramento, passato attraverso la chiusura di molte strutture e la conseguente riduzione dei posti complessivamente disponibili, è maturata anche grazie a una serie combinata di fattori indicativi del fallimento degli allora C.I.E.: i centri chiusi si sono rivelati antieconomici e poco efficaci, specie considerando che all'estensione cronologica della possibile detenzione al loro interno non fa riscontro un apprezzabile incremento del numero dei rimpatri²; le condizioni del trattenimento sono risultate troppo spesso lesive

¹ Corte giust. UE, sent. 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, Causa C-61/11 PPU.

² V. già, fra i numerosi, L. BERNARDINI, *La detenzione amministrativa degli stranieri: analisi statistica del fenomeno*, in *Annuario ADiM*, Napoli, 2020, p. 631 ss.

dei diritti fondamentali dei migranti, arrivando a generare rivolte in seno a situazioni di totale degrado, così (paradossalmente) compromettendo proprio quella sicurezza che identifica uno dei fondamenti della produzione normativa in materia.

Sennonché, alla dismissione empirica realizzatasi in quel periodo non è mai corrisposto anche un reale e consapevole ridimensionamento dell'armamentario giuridico dedicato a questa forma di detenzione: se si eccettua l'abbreviazione del periodo massimo di permanenza nei centri, per il resto la disciplina del trattenimento dell'espulso è rimasta immutata, in vista di un eventuale impiego anche su vasta scala.

2. *La controtendenza: dal 2015 ad oggi*

Negli anni seguenti è subentrata una decisa retromarcia, promossa dall'Unione europea per fronteggiare la "crisi dei rifugiati" e per contenere il fenomeno dei movimenti secondari: se nel 2015, con il cosiddetto "decreto accoglienza" (d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142), è stata estesa la durata della detenzione applicabile al richiedente protezione internazionale, nel 2017 e nel 2018 sono arrivate le previsioni volte a irrobustire la rete dei C.P.R. (v. in particolare gli artt. 19, comma 3, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con mod. dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, e 2, comma 2 ss., d.l. 4 ottobre 2010, n. 113, conv. con mod. dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132), come pure il confuso tentativo di normare la detenzione all'arrivo, attraverso l'istituzione dei punti di crisi, la cui natura giuridica resta tuttora indefinita (come accertato anche dalla sentenza *J. A. e altri contro Italia* della Corte Edu³: le cui censure, sebbene riferite a una vicenda occorsa nell'ottobre 2017, si attagliano perfettamente anche alla situazione odierna).

Sempre nel 2018, accanto all'ennesima dilatazione cronologica del trattenimento riservato allo straniero già attinto da provvedimento espulsivo (portata a un massimo di 180 giorni), si è scelto di potenziare anche la detenzione dei richiedenti asilo, resa idonea a giustificare un ipotetico confinamento massiccio anche di tali migranti forzati, là dove ciò risulti necessario per la determinazione o la verifica della loro identità o cittadinanza (art. 6, comma 3-bis, d. lgs. n. 142/2015, introdotto dal d.l. n. 113/2018, e che per la prima volta ha associato la parola trattenimento agli *hotspot*).

In questo scenario si è poi inserita la "riforma Lamorgese" (il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con mod. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173), che, pur avendo nuovamente invertito la rotta in ordine alla durata massima della (sola)

³ Corte Edu, Sez. I, Sent. 30 marzo 2023, *J.A. e altri contro Italia* 28 aprile 2011.

detenzione “in uscita”, si è per il resto limitata ad alcuni apprezzabili ritocchi intesi a migliorare e monitorare le condizioni di vita all’interno dei centri chiusi, al contempo scegliendo però di gettare la maschera rispetto a una cruciale funzione assegnata al trattenimento nei C.P.R.: quella – testimoniata dall’inedita disciplina dei criteri di priorità stabiliti dal nuovo comma 1.1 dell’art. 14 T.U.I – di contenere il migrante pericoloso, ritenuto tale sulla scorta di una valutazione operata dall’autorità di polizia⁴.

Contestualmente, lungi dal ridurre l’ampiezza temporale della detenzione riservata al richiedente asilo, la novella del 2020 ha per l’ennesima volta allargato il novero dei casi in cui è possibile trattenere quest’ultimo, con una pletrica proliferazione e una sovrapposizione di fattispecie sulla carta idonee a legittimare l’ingresso nei centri chiusi di una folta schiera di individui pericolosi.

Inutile dire come questa frenetica produzione normativa – oltre a farsi portatrice di incertezze esegetiche tali da accrescere la già estesa discrezionalità dell’autorità di pubblica sicurezza – disveli una concezione innanzitutto simbolica del trattenimento: l’istituto ha infatti continuato a operare in misura piuttosto contenuta, non foss’altro per la limitatezza di posti disponibili in centri in cui si vive in condizioni altamente lesive della dignità.

3. Segue: *in particolare, le modifiche del 2023*

Benché recanti modifiche tutto sommato secondarie, in questo 2023 devono innanzitutto segnalarsi alcune novità implicanti un impoverimento delle già fragili garanzie accordate allo straniero ristretto nella propria libertà personale. In tal senso è significativa la generalizzazione del videocollegamento per celebrare le udienze di convalida (a prescindere dal consenso del diretto interessato, viceversa preteso dal codice di procedura penale novellato dalla “riforma Cartabia”): collegamento da remoto già dal 2017 previsto per la convalida del trattenimento del richiedente protezione internazionale ed oggi esteso anche all’accompagnamento coattivo alla frontiera e alla detenzione “in uscita” (v. d.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. con mod. con l. 5 maggio 2023, n. 50). In tal senso depono, poi, oltre che il persistente difetto di adeguata regolamentazione della permanenza all’interno degli *hotspot* (invariata nonostante l’innesto del comma 1-*bis* in seno all’art. 10-*ter* T.U.I.), pure la soppressione della convalida giudiziale dell’accompagnamento coattivo alla frontiera per eseguire l’espulsione disposta dal giudice (v. art. 9 del medesimo “decreto Cu-

⁴ V. quanto già osservato in E. VALENTINI, *Riflessioni sparse sul trattenimento “in uscita”*, in *Annuario ADiM*, Napoli, 2022, p. 499 ss.

tro”): novella, improntata a esigenze di economia processuale, che mostra di non considerare il notevole lasso cronologico non di rado intercorrente fra l’emissione dell’espulsione giudiziale e la sua concreta esecuzione⁵.

Accanto a queste variazioni votate all’efficienza, si situano novità ben più decisive, accavallatesi in modo tumultuoso, ancora in corso di perfezionamento e foriere di un’azione ad ampio spettro, da alcuni definita come il «più ambizioso progetto di isolamento e detenzione di massa dei cittadini di Paesi terzi dell’Italia repubblicana»⁶.

Tra queste, deve segnalarsi innanzitutto la principale tra le modifiche intervenute in materia di trattenimento dello straniero attinto da espulsione o respingimento differito, introdotta con il d.l. 19 settembre 2023, n. 124 (conv. con mod. dalla l. 13 novembre 2023, n. 162): il prolungamento della durata massima della possibile permanenza all’interno dei C.P.R. fino a diciotto mesi (a cui si associa anche la modifica dei presupposti per decretare le singole proroghe, di durata addirittura trimestrale). In proposito, non si può che ribadire quanto già ricordato in precedenza, evidenziando il contrasto fra tale rinnovato assetto e i dati empirici che da anni testimoniano come il trattenimento a fini di rimpatrio possa rivelarsi conforme al suo scopo solo là dove circoscritto entro un lasso temporale molto più contenuto (all’incirca un paio di mesi), decorso il quale la detenzione probabilmente non riuscirà a sfociare nell’allontanamento dell’espulso e del respinto.

Tale modifica dovrebbe poter essere disinnescata, visto che, in conformità con la direttiva rimpatri, l’art. 14 comma 5-*bis* T.U.I. (dedicato ai presupposti per l’emissione dell’ordine questorile di allontanamento dal territorio dello Stato) continua tuttora a stabilire la necessità di por fine alla detenzione ove non risulti una reale prospettiva di poter eseguire il rimpatrio.

Più gravide di effetti, viceversa, sembrano le altre misure approntate dal Governo in carica, all’apparenza questa volta davvero intenzionato a potenziare la rete dei C.P.R., come dimostrano non solo il contenuto dell’art. 21 del d.l. n. 124/2023 (istitutivo di procedure accelerate per la costruzione di strutture qualificate come «opere destinate alla difesa e sicurezza nazionale», da realizzarsi sotto l’egida del Ministero della Difesa), ma anche la conseguente opera di individuazione delle aree in cui allocare i centri detentivi, che tanti dubbi e rimostranze sta suscitando da parte degli amministratori regionali e locali

⁵ V. le critiche in proposito espresse da G. SAVIO, *Le (apparentemente) minime modifiche alle disposizioni in materia di espulsioni apportate dal D.L. n. 20/2023*, in www.questionegiustizia.it, 5 aprile 2023.

⁶ Così M. VEGLIO, *La bestia tentacolare*, in www.questionegiustizia.it, 21 giugno 2023.

(anche di centrodestra). Come già segnalato, questo proposito non è inedito, essendo già stato espresso anche in altre riforme affacciate dal 2017 in poi, ma risulta reso più impellente dalle politiche da ultimo concordate in sede europea⁷ e condotto all'estremo attraverso la recente stipula del controverso protocollo Italia-Albania⁸.

A questa medesima spinta risponde anche la decisa “fuga in avanti” insita nelle profonde innovazioni concernenti il trattenimento del richiedente protezione internazionale, operate con il cd. “decreto legge Cutro” (d.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. con mod. dalla l. 5 maggio 2023, n. 50) e che si articola attraverso diversi ordini di interventi⁹.

Si allude all'innesto di una nuova ipotesi di trattenimento applicabile al richiedente sottoposto alla procedura Dublino (art. 6-ter), come pure all'omologazione delle ipotesi di rischio di fuga idonee a determinare l'ingresso in un C.P.R. del richiedente asilo rispetto a quelle – che già da oltre un decennio compongono un catalogo particolarmente esteso – enucleate per sbarrare l'accesso alla partenza volontaria e per giustificare la detenzione amministrativa dell'espulso e del respinto (v. le novità apportate all'art. 6, comma 2, lett. d del “decreto accoglienza”). Soprattutto, si allude all'inedita disciplina racchiusa nell'art. 6-bis del medesimo d. lgs. n. 142/2015, intesa a regolare il trattenimento del richiedente asilo sottoposto alla “procedura di frontiera” ex art. 28-bis d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, che tante polemiche sta sollevando all'esito delle prime controverse applicazioni.

La procedura di frontiera è destinata a operare nei confronti del richiedente asilo che presenti la sua domanda direttamente alla frontiera (o nelle cosiddette zone di transito), là dove egli provenga da un “Paese terzo sicuro” oppure sia stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli al confine. A sua volta, il trattenimento ex art. 6-bis del “decreto accoglienza” – la cui durata di quattro settimane dovrebbe seguire il dipanarsi di tale rito accelerato – è preposto ad attingere il richiedente onde decidere del suo «diritto di entrare nel territorio» là dove questi non abbia consegnato il passaporto o non abbia prestato idonea garanzia finanziaria.

⁷ Si allude, come intuibile, ai contenuti della riforma del sistema di asilo e migrazione dell'UE (sui quali si vedano, in questo stesso volume, M. SAVINO, *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri, retro*, p. 21, e D. VITIELLO, *L'ultimo atto: il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è (quasi) legge, retro*, p. 29.

⁸ Sul quale v., sempre in questo volume, M. SAVINO, F. V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità, retro*, p. 73.

⁹ Sui quali v. E. CELORIA, *La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive, infra*, p. 287.

Malgrado la disciplina concernente la garanzia finanziaria descritta dal decreto del Ministero dell'interno del 14 settembre 2023 (in G.U. 21 settembre 2023, n. 221) sia tale da rendere l'operatività della misura del tutto irrealistica (per l'entità della cifra pretesa da persone quasi sempre in stato di indigenza, ma soprattutto per le modalità concrete attraverso le quali si esige che la garanzia medesima venga approntata, fra l'altro escludendo l'intervento di terzi), la legislazione interna non sembra porsi in così aperto contrasto con la direttiva accoglienza, i cui contenuti sono in realtà estremamente ambigui¹⁰. Infatti, se da un lato l'art. 8, § 1, dir. 2013/33/UE vieta il trattenimento di una persona per il solo fatto di essere un richiedente, dall'altro, il § 3, lett. c), del medesimo art. 8 permette il trattenimento «per decidere del diritto del richiedente di entrare nel territorio». Inoltre, l'art. 8, § 4, sembra limitarsi a richiamare alcune possibili misure alternative al trattenimento, senza prescrivere l'adozione di tutte le soluzioni esemplificativamente indicate (tra cui si collocano anche l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato). Né, a livello di diritto interno, pare possa sostenersi un difetto di ragionevolezza fondato su un'interpretazione di sistema (che guardi, come termine di raffronto, alle misure alternative al trattenimento dell'espulso): infatti, benché l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità o quello di dimora siano istituti previsti come alternativi alla detenzione amministrativa "in uscita", la loro concessione è comunque subordinata al possesso del passaporto (possesso che, potendo costituire il presupposto per la relativa consegna all'autorità, consente a sua volta di evitare l'applicazione del trattenimento *ex art. 6-bis* del decreto accoglienza).

4. Conclusioni

L'esperienza del passato ci consegna un marcato scollamento tra diritto e prassi: per ragioni propagandistiche, oltre che per l'esigenza di ottemperare a precise indicazioni europee, le norme sono state erette, ma fortunatamente non hanno operato in modo massiccio. Ciò ha contribuito ad attutire il dibattito nella società civile (alquanto acceso all'indomani dell'entrata in scena dell'istituto, nel 1998) circa la compatibilità costituzionale del trattenimento, che individua un'ipotesi (l'unica) di detenzione estranea al sistema penale.

¹⁰ In proposito, v. le lucide riflessioni espresse da M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in questo volume, *retro*, p. 53, nonché ID., *Ancora su procedura di frontiera e misura alternativa alla garanzia finanziaria: i limiti dell'approccio del Tribunale di Catania*, *retro*, p. 61.

L'approccio sposato dalle novelle di questo 2023 sembra farsi portatore di una decisa controtendenza anche sul piano operativo (in linea con la politica dell'Unione europea), lumeggiata in particolare (ma non solo) dalle novità concernenti il richiedente asilo sottoposto alla "procedura di frontiera".

Il nuovo *trend* ha contribuito a riportare alla ribalta le perplessità in ordine a un istituto già condivisibilmente salutato con forte preoccupazione, e senz'altro destinate ad amplificarsi alla luce dei prossimi sviluppi del diritto UE: perplessità che, ad avviso di chi scrive, sembrano identificare il movente più profondo della disapplicazione dell'art. 6-*bis* d. lgs. n. 142/2015, assurta agli onori della recente cronaca, e che dovrebbero concentrarsi sulla necessità di una valutazione individualizzata del rischio di fuga (preclusa dalla disciplina sulla "cauzione impossibile", che rende automatico il ricorso alla detenzione del richiedente asilo sguarnito di passaporto e sottoposto alla procedura di frontiera), in linea non solo con l'art. 8 § 2 della direttiva accoglienza, ma innanzitutto con la riserva di provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria prescritta dai commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost.

Se assecondato anche dal punto di vista concreto (e non solo prescritto a livello normativo, per rassicurare un'Europa preoccupata di scongiurare i movimenti secondari), l'annunciato incremento della detenzione dei richiedenti asilo (da attuarsi anche grazie a centri collocati fuori dal territorio nazionale) sarà foriero di una spesa pubblica ingentissima, ma soprattutto sarà con ogni probabilità votato al fallimento. Infatti, ammesso e non concesso che il sistema riesca a ottemperare all'apparato di tutele prescritto là dove si faccia ricorso alla coercizione (la detenzione *extra ordinem* all'arrivo che opera negli *hotspot* dimostra la refrattarietà al rispetto dei presidi garantistici anche là dove questi sono previsti dalla legge: v. la mancata applicazione dell'art. 6, comma 3-*bis*, d. lgs. n. 142/2015), resta comunque il dato di fondo: in assenza di efficaci accordi di riammissione con i Paesi di provenienza, la grande macchina detentiva finirà per girare a vuoto. Il trattenimento (la cui durata, stando alle prospettive *de iure condendo* in ambito comunitario, pare destinata ad allungarsi) difficilmente sfocerà nel rimpatrio, comportando tuttavia effetti criminogeni non ardui da preconizzare. Con uno strappo ai principi costituzionali in materia di libertà personale tanto deprecabile quanto inutile e dannoso.

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO NEI C.P.R.
SECONDO IL DECRETO-LEGGE 124/2023,
O DI COME VALORIZZARE LE *WORST PRACTICES*

Roberto Cherchi*

SOMMARIO: 1. Il trattenimento nei c.p.r. ex art. 14 d. lgs. 286/1998 prima e dopo il recepimento della direttiva europea 2008/115/CE. – 2. Il trattenimento ex art. 14 t.u.i. e il principio di sussidiarietà delle misure coercitive. – 3. Lo scrutinio di razionalità/ragionevolezza delle norme che prevedono i termini del trattenimento.

1. *Il trattenimento nei c.p.r. ex art. 14 d. lgs. 286/1998 prima e dopo il recepimento della direttiva europea 2008/115/CE*

In origine, il d. lgs. 286/1998 (da qui in poi, t.u.i.) prevedeva l'istituto del trattenimento come residuale, in quanto l'esecuzione dell'espulsione da parte del prefetto era, di regola, oggetto di esecuzione mediante l'intimazione del questore a lasciare il territorio nazionale (art. 13, co. 6, t.u.i., nella sua originaria formulazione), e la detenzione amministrativa era prevista solo per tempi limitati (venti giorni, prorogabili di ulteriori dieci giorni, qualora fosse imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento: art. 14, c. 5, t.u.i., nella sua originaria formulazione)¹. In seguito all'entrata in vigore della legge 189/2002 (cd. legge Bossi-Fini), l'accompagnamento coattivo alla frontiera divenne regola generale e la durata del trattenimento fu elevata a trenta giorni, con eventuale proroga di ulteriori trenta giorni (art. 13, c. 1, lett. a, l. 189/2002).

Queste disposizioni sono rimaste in vigore fino alla fine degli anni duemila. La politica del diritto è mutata con l'entrata in vigore della cd. direttiva

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Cagliari.

¹ L'esecuzione dell'espulsione prefettizia mediante l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica era infatti prevista in casi determinati, e segnatamente: a) se lo straniero si era indebitamente trattenuto nel territorio dello Stato oltre il termine fissato con una previa intimazione a lasciare il territorio nazionale; b) nel caso in cui lo straniero appartenesse a categorie di persone qualificate dalla legge come pericolose; c) qualora quest'ultimo fosse privo di valido documento attestante la sua identità e nazionalità: in questi ultimi due casi, peraltro, l'accompagnamento coattivo alla frontiera era ammesso solo se il prefetto avesse rilevato un concreto pericolo di inottemperanza al provvedimento (art. 13, co. 4 e 5, d.lgs. 286/1998, nella sua originaria formulazione).

rimpatri (2008/115/CE), che ha introdotto un *favor* per la partenza volontaria e ha ammesso il trattenimento per un tempo non superiore a sei mesi (art. 15), con eventuale prolungamento di ulteriori dodici mesi nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischi di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte del cittadino di un Paese terzo o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi. Occorre evidenziare che la direttiva non impone di introdurre il trattenimento fino a diciotto mesi, ma ha solo previsto standard minimi che tutti i Paesi devono rispettare, tenuto conto del fatto che, al momento della sua entrata in vigore, nove Paesi UE prevedevano il trattenimento a tempo indeterminato.

In seguito all'entrata in vigore della direttiva si è inverata l'estensione dei tempi del trattenimento. Così l'art. 1, c. 22, lett. l), l. 94/2009 ha esteso la durata massima del trattenimento a centoottanta giorni; successivamente, l'art. 3, c. 1, lett. d), n. 3), d.l. 89/2011, convertito con modificazioni dalla legge 129/2011, ha consentito il trattenimento, di proroga in proroga, fino a un massimo diciotto mesi. La durata è stata ridotta a novanta giorni dall'art. 3, c. 1, lett. e), l. 161/2014. L'art. 2, c. 1, d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018, ha nuovamente ammesso il trattenimento per un periodo massimo di centoottanta giorni; l'art. 3, c. 1, lett. c), d.l. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 173/2020, ha ridotto la durata massima a novanta giorni, con eventuale proroga di trenta giorni qualora lo straniero fosse cittadino di un Paese con cui l'Italia avesse sottoscritto accordi in materia di rimpatri; l'art. 10-*bis*, c. 1, d.l. 20/2023, convertito con modificazioni dalla l. 50/2023, ha esteso quest'ultima, eventuale proroga, a quarantacinque giorni.

Da ultimo, l'art. 20, c. 1, d.l. 124/2023, convertito dalla legge 162/2023, ha previsto che la convalida del decreto di trattenimento comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi tre mesi. Qualora poi l'accertamento dell'identità e della nazionalità, o l'acquisizione di documenti per il viaggio, presenti gravi difficoltà, il giudice su richiesta del questore può prorogare il termine di ulteriori tre mesi. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice. Dopo i primi sei mesi il trattenimento può essere prorogato ulteriormente dal giudice, per successivi periodi di tre mesi, nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento sia durata più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte dello straniero o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi. Il trattenimento non può in ogni caso durare più di diciotto mesi, neppure nel caso in cui il soggetto sia privo di documenti, aggressivo, privo

di mezzi di sussistenza o di una abitazione². Lo straniero che sia già stato detenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a sei mesi può essere trattenuto per un massimo di dodici mesi.

Come si è evidenziato, all'entrata in vigore della direttiva ha fatto seguito l'espansione dei tempi del trattenimento. L'attuale disciplina interna dei termini del trattenimento corrisponde, quasi alla lettera, a quanto previsto dall'art. 15 della direttiva rimpatri.

In questo scritto si porranno in evidenza due criticità. La prima è che l'interpretazione sistematica delle disposizioni su trattenimento e allontanamento induce a ritenere che lo spirito della direttiva, nel suo recepimento, non sia stato rispettato. La seconda attiene specificamente ai termini del trattenimento, che sono adeguati alla lettera della direttiva, ma sono di dubbia legittimità costituzionale.

2. *Il trattenimento ex art. 14 t.u.i. e il principio di sussidiarietà delle misure coercitive*

Le disposizioni europee relative al trattenimento devono essere poste nel contesto dell'intera trama della direttiva rimpatri. Il considerando n. 10 prevede che, se non vi è motivo di ritenere la compromissione della finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario a quello forzato e concedere un termine per la partenza volontaria. Il *favor* per la partenza volontaria è invece stato tradito nell'ordinamento italiano in quanto, soprattutto a causa dell'ampio ambito oggettivo della norma sul rischio di fuga (art. 13, c. 4-*bis*, t.u.i.), l'accompagnamento coattivo alla frontiera è nell'effettività la regola generale.

La residualità dell'istituto della partenza volontaria di cui all'art. 13, c. 5, t.u.i. ha conosciuto in passato un rilevante correttivo nell'abrogato art. 12, d.p.r. 394/1999, secondo il quale, in caso di diniego di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno (o di sua revoca), il questore di regola fissava un termine, non superiore a quindici giorni, per lasciare l'Italia. Solo in seguito alla mancata partenza volontaria il prefetto poteva adottare il decreto di espulsione. L'art. 9, c. 3, d.l. 20/2023, convertito dalla legge 50/2023, ha abrogato tale disposizione, per cui attualmente anche gli stranieri che hanno significativi legami con il territorio, avendo ad esempio avuto un titolo di soggiorno che non è stato successivamente rinnovato (o è stato revocato), sono destinatari di un

² Si veda sul punto CGUE, sentenza del 30 novembre 2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, EU:C:2009:741.

provvedimento di espulsione la cui esecuzione avviene con accompagnamento coattivo alla frontiera, previo trattenimento, salvi i casi – invero eccezionali nella prassi – in cui lo straniero abbia chiesto e ottenuto la fissazione di un termine per la partenza volontaria e il questore abbia disposto misure alternative al trattenimento.

Date queste premesse, il quadro normativo attuale è da considerarsi non rispettoso della direttiva. In base ad essa, infatti: a) il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti; b) il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento, se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente (considerando n. 16). Appare invece evidente che, se l'accompagnamento coattivo alla frontiera costituisce regola generale, anche il ricorso al trattenimento diventa tale, mentre le misure alternative possono essere disposte solo in correlazione alla fissazione del termine per la partenza volontaria o, comunque, a beneficio dei soli stranieri titolari di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità.

Un'altra possibile frizione tra il testo unico e la direttiva rimpatri la si ravvisa nel confronto tra la disciplina dell'art. 14 t.u.i., secondo il quale il riesame del trattenimento avviene ogni tre mesi, e l'art. 15 della direttiva, secondo il quale «il trattenimento è riesaminato ad *intervalli ragionevoli* su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio». Tre mesi non sembra essere un intervallo ragionevole. È vero che questo tempo eccessivo è temperato dal fatto che la giurisprudenza ha attribuito alla norma europea efficacia diretta³, che consente al difensore di adire l'autorità giudiziaria per il riesame della decisione; è altresì vero, tuttavia, che attualmente questa norma non è pienamente conosciuta e applicata da avvocati e giudici. È necessario che la revisione su istanza di parte sia espressamente prevista nell'art. 14 t.u.i.

È quindi l'intero impianto della disciplina dell'esecuzione dell'espulsione a non essere conforme alla direttiva rimpatri.

Una precisazione è tuttavia necessaria. Questo lavoro ricostruttivo e le conclusioni cui si è giunti sono basate sul diritto vigente. Esistono tuttavia alcune proposte di atto normativo europeo (le proposte del nuovo patto europeo immigrazione e asilo, la proposta di regolamento volta ad affrontare la

³ In questo senso si veda Cass., sez. I civ., sentenza del 29 settembre 2017, n. 22932; Cass., sez. I civ., sentenza del 23 ottobre 2019, n. 27076. Su questa giurisprudenza v. J. DI GIOVANNI, G. SAVIO, *Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2020.

strumentalizzazione dei migranti, la proposta di modifica del regolamento sul meccanismo di valutazione e monitoraggio di Schengen, la proposta di rifusione della direttiva rimpatri) che, se approvate, escluderebbero l'applicazione della direttiva rimpatri ai richiedenti asilo che non avessero ottenuto la protezione internazionale in applicazione della procedura di frontiera⁴. Inoltre, la proposta di rifusione della direttiva rimpatri, pur confermando il *favor* per la partenza volontaria (considerando n. 13 della proposta), prevede altresì che la presenza del rischio di fuga renda inopportuna la concessione del relativo termine, ed è altresì presupposto per la detenzione amministrativa (considerando n. 11, 13 e 28, art. 18 della proposta). Ciononostante, va detto che l'eventuale, futuro recepimento della "nuova" direttiva rimpatri, anche tenendo conto delle deroghe alla sua applicazione in correlazione alla procedura di frontiera, creerebbe le condizioni per l'espansione della partenza volontaria in Italia, in quanto attualmente il rischio di fuga esiste se è accertata la sussistenza di anche uno solo dei presupposti di cui all'art. 13, c. 4-*bis*, t.u.i., nel quadro di un'attività amministrativa vincolata; secondo l'art. 6 della proposta, invece, vi dovrebbe essere un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, in base a un elenco non tassativo di sedici criteri, e solo l'accertamento di alcuni di questi darebbe luogo a una presunzione relativa di rischio.

3. *Lo scrutinio di razionalità/ragionevolezza delle norme che prevedono i termini del trattenimento*

La ricostruzione dello yo-yo normativo sui termini del trattenimento è utile in quanto essa, oltre a evidenziare le incertezze della politica e la diffusa frustrazione rispetto all'incapacità o impossibilità di controllare i flussi migratori, consente di confrontare l'efficacia del sistema dei rimpatri in vigenza di termini brevi o lunghi di trattenimento.

Occorre chiedersi se le nuove norme sui termini del trattenimento siano conformi a Costituzione. Tali norme, seppure astrattamente compatibili con quanto previsto dall'art. 15 della direttiva rimpatri, devono essere sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale, ex artt. 3 e 13 Cost., sotto il profilo della razionalità/ragionevolezza. In considerazione del fatto che il trattenimento incide sul diritto inviolabile di libertà personale, lo scrutinio deve essere stretto, con conseguente applicazione dei test di idoneità, necessità e proporzionalità

⁴ Cfr. M. PORCHIA, *Le deroghe alla direttiva rimpatri all'ombra del Patto: strumentalizzazione dei migranti e riforma del meccanismo di valutazione e monitoraggio di Schengen*, in <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/european-forum>.

in senso stretto⁵. Viene in evidenza, in primo luogo, il difetto di idoneità di un trattenimento prolungato. L'estensione del trattenimento fino a diciotto mesi, dal 2011 al 2014, non ha comportato un sensibile incremento dell'efficacia del sistema rimpatri. Al contrario, l'analisi dei dati rivela la sostanziale inutilità dei periodi di trattenimento successivi ai primi tre mesi. Mediamente bassissimo è stato il numero di persone rimpatriate dopo un trattenimento. Nel 2006 e nel 2008, con la durata massima della detenzione amministrativa a sessanta giorni, furono rimpatriati, dopo il trattenimento, rispettivamente 7.350 e 4.320 migranti, pari rispettivamente al 57,2% e al 41% dei trattenuti. Nel 2010, quando il periodo massimo di trattenimento ammesso era già divenuto sei mesi, su circa 544mila stranieri irregolarmente soggiornanti, 46.516 stranieri furono destinatari di un provvedimento di allontanamento, 30.430 di questi non lasciarono il territorio nazionale, mentre 16.086 stranieri rimpatriarono. Solo 7.039 individui, ossia circa l'1,2% degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale, erano stati trattenuti in un centro per almeno un giorno; appena 3.399 di questi (il 48% delle persone trattenute, lo 0,6% in rapporto al numero complessivo di stranieri irregolarmente presenti) furono portati coattivamente al Paese di origine⁶. Nel 2012, quando la durata massima del trattenimento era di diciotto mesi, gli stranieri espulsi o respinti furono 35.872, i soggetti non rimpatriati 17.280, mentre 18.592 rimpatriarono. Appena 7.944 persone furono trattenute e, di queste, solo 4.015 furono rimpatriate. Aumentò il numero di persone che erano state identificate in seguito al trattenimento, ma il numero di stranieri allontanati dopo aver transitato nel centro rimase sostanzialmente invariato (50,5% delle persone trattenute). Analogamente, l'anno successivo, sempre con il trattenimento fino a un massimo di diciotto mesi, su un ammontare presunto di stranieri irregolarmente presenti pari a 294mila persone (la diminuzione è da imputarsi alla regolarizzazione di cui al d. lgs. 109/2012), il numero di stranieri che fece ingresso in un centro fu pari a 6.016 e, di questi, 2.749 furono accompagnati coattivamente alla frontiera: di conseguenza, possiamo affermare che la percentuale di trattenuti rimpatriati si era ridotta rispetto al 2012, essendo nella misura del 45,7% (lo 0,9% degli stranieri irregolarmente presenti al tempo in Italia). Nei due anni presi in considerazione, l'efficacia del sistema rimpatri era diminuita rispetto al periodo

⁵ Cfr. A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/89-andrea-turturro-scrutinio-stretto-e-presunzione-di-illegittimita-nel-controllo-sulle-leggi>.

⁶ Si veda CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico immigrazione 2011. Ventunesimo rapporto*, Pomezia, 2011, p. 145 e ss.

precedente, verosimilmente in forza del minor avvicendamento degli stranieri nei centri. La durata del trattenimento era stata, in media, di 38 giorni; alcuni stranieri furono trattenuti per periodi molto brevi, ma si ebbero anche casi di trattenimento per più di dodici mesi⁷.

Volgendo lo sguardo al presente, l'analisi dei dati elaborati dal Garante per le persone private della libertà rispetto agli ultimi tre anni (2020-2022), in vigenza di una norma che prevedeva una durata massima del trattenimento pari novanta giorni, conferma che appena la metà dei migranti trattenuti viene poi effettivamente rimpatriata coattivamente: nel 2022, su un totale di 6383 trattenuti, 3184 sono stati rimpatriati (il 49,41%), con una detenzione media di 36 giorni⁸.

I numeri, ma prima ancora l'esperienza dei funzionari di questura, confermano che, se uno straniero non è rimpatriato nei primi due o tre mesi, non sarà più rimpatriato, e che un'eccessiva durata del trattenimento, riducendo l'avvicendamento degli stranieri nei centri, diminuisce l'efficacia del sistema rimpatri, che dipende soprattutto dalla conclusione di accordi di riammissione con i Paesi terzi⁹.

Il secondo test di ragionevolezza, ossia il test di necessità, può dirsi superato solo se non esiste una misura alternativa che sia idonea a realizzare il fine perseguito imponendo un sacrificio minore all'interesse di rilievo costituzionale. La gradualità delle misure restrittive della libertà personale è imposta dalla Costituzione¹⁰. L'ordinamento processuale penale prevede un articolato

⁷ Si veda IDOS, *Immigrazione. Dossier statistico immigrazione 2013. Rapporto Unar. Dalle discriminazioni ai diritti*, Pomezia, 2013, p. 120 e, altresì, A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare: legislazione e prassi in Italia*, Pisa, 2013, p. 70. Sull'inidoneità dell'aumento dei termini di trattenimento a migliorare l'efficacia dei rimpatri si vedano anche A. CAPUTO, *L'immigrazione: ovvero, la cittadinanza negata*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti. Giustizia, lavoro, cittadinanza sotto il governo Berlusconi*, Roma-Bari, 2003, p. 567; P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 567; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 213. Sulla spesa pubblica necessaria per il «contrasto dell'immigrazione irregolare», cfr. http://www.lunaria.org/wp-content/uploads/2013/05/costidisumani-web_def.pdf, p. 56.

⁸ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2023*, in https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub_rel_par.page.

⁹ Sul punto v. anche M. BENVENUTI, *Libertà personale*, in C. PANZERA, A. RAUTI, *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 422, secondo il quale «i dati relativi alla numerosità dei provvedimenti di espulsione, che risultano sostanzialmente anelastici rispetto alla durata massima del trattenimento» sono indice di irragionevolezza della disciplina.

¹⁰ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2022,

catalogo di misure alternative alla detenzione. Con riferimento al trattenimento, il principio di sussidiarietà della detenzione è altresì ascrivibile alla direttiva rimpatri. Anche il *United Nations Working Group on Arbitrary Detention* ha sottolineato l'esigenza che la detenzione amministrativa sia una misura di ultima istanza, sia ammessa solo se necessaria e proporzionata e se non appaiono applicabili le misure alternative¹¹.

Come si è già posto in evidenza, invece, l'accompagnamento coattivo alla frontiera e il trattenimento sono regola generale, nel disegno normativo e nell'effettività. Sono sì previste misure alternative al trattenimento¹², ma essendo esse subordinate al possesso del passaporto o di un altro documento equipollente in corso di validità, sono scarsamente applicate ed è quindi necessario un loro ripensamento. Solo in seguito alla valorizzazione dell'istituto della partenza volontaria e a una riformulazione delle misure alternative, che riconduca effettivamente il trattenimento a misura di ultima istanza, il test di necessità potrebbe dirsi superato.

Il terzo test di ragionevolezza è lo scrutinio di proporzionalità in senso stretto, che si traduce nell'applicazione della massima: «quanto più intenso si presenta un intervento in un diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi»¹³. Si tratta, quindi, di una comparazione tra il sacrificio di un interesse costituzionalmente rilevante, in rapporto al beneficio a vantaggio di un altro interesse di rilievo costituzionale.

Il mancato superamento del test appare evidente. Da una parte, infatti, si assiste a una compressione relevantissima della libertà personale: una custodia cautelare di così lunga durata è prevista solo in correlazione a delitti puniti con pene molto severe, per i quali sussistono gravi indizi di colpevolezza (art. 303, c.p.p.). Dall'altra, superata la durata "ottimale" del trattenimento (è compito

pp. 259-260; Per ciò che concerne la giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost. sent. 57/2013.

¹¹ Cfr. (UNITED NATIONS WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention. United Nations Basic Principles and Guidelines on remedies and procedures on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court*, giugno 2015, linea guida 21, in <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3037-united-nations-basic-principles-and-guidelines-remedies>).

¹² In base all'art. 14, c. 1-*bis*, t.u.i., tali misure sono a) la consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

¹³ Cfr. R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 41-42.

degli statistici calcolarla, ma l'esperienza dice che è una durata non superiore a novanta giorni), l'estensione dei tempi di detenzione non solo non è foriera di un beneficio addizionale, ma, al contrario, comporta una disutilità netta. Da ciò discende che la *ratio* della norma non è più solo la preparazione dell'allontanamento, ma anche l'imposizione di una sanzione, senza che un reato punito con una pena detentiva sia stato commesso, in carenza di un processo e della possibilità di proporre appello.

Nonostante queste premesse, appare difficile che tali disposizioni possano essere dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale. Come è noto, il presupposto del giudizio di legittimità costituzionale è che un giudice nel corso di un giudizio sollevi la relativa questione, e il giudice competente è il giudice di pace. L'analisi retrospettiva evidenzia che le questioni di legittimità costituzionale sollevate da questo giudice sulle norme relative all'immigrazione sono quasi sempre dichiarate inammissibili o manifestamente inammissibili, con sole due eccezioni in cui la Corte ha deciso nel merito con sentenza¹⁴. Il giudice di pace, nato per conciliare posizioni divergenti nei rapporti sociali, non sempre dispone della preparazione specialistica necessaria per sollevare questioni di legittimità costituzionale. Nella prospettiva futura, un efficiente collegamento con le reti di studiosi di diritto dell'immigrazione potrebbe aumentare sensibilmente le possibilità di superare il vaglio di ammissibilità delle questioni.

Non necessariamente, peraltro, un'eventuale sentenza di merito della Corte costituzionale è destinata a porre in conflitto la Corte stessa e il Parlamento. Vi sono infatti esempi virtuosi di dialogo tra il giudice comune, la Consulta e le Camere, come accaduto in correlazione alla modifica della disciplina sul respingimento differito, che è stata sollecitata dalla Corte costituzionale con una sentenza di inammissibilità (Corte cost. sent. 275/2017), recante un monito al legislatore, e poi seguita dalla modifica della disposizione¹⁵.

In conclusione, appare doveroso, in base alla Costituzione e all'ordinamento europeo, che i termini del trattenimento siano drasticamente ridotti, almeno con la reviviscenza delle disposizioni previgenti dell'art. 14 t.u.i., e che sia contestualmente rivisitato il recepimento della direttiva rimpatri, con il ripensamento delle disposizioni sul rischio di fuga e delle misure alternative al trattenimento, e con la valorizzazione degli istituti della partenza volontaria e del rimpatrio assistito.

¹⁴ Cfr. M. BENVENUTI, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace*, in *Quest. Giust.*, 13/02/2023, p. 5.

¹⁵ Cfr. M. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 5.

LA DETENZIONE DEL RICHIEDENTE ASILO TRA DIRITTO SIMBOLICO E TUTELE EFFETTIVE

Eleonora Celoria*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ampliamento delle ipotesi di trattenimento del richiedente asilo tra CPR e *hotspot*. – 3. La trasfigurazione del sistema detentivo del richiedente asilo: quale limite alla serialità? – 4. Quale ruolo per il giudice della libertà del richiedente asilo?

1. *Introduzione*

Uno dei tratti distintivi delle politiche governative in materia di immigrazione, che si susseguono ormai con cadenza regolare sulla scorta di presunte emergenze, è il potenziamento dell'istituto della detenzione amministrativa, spesso presentato come soluzione di fronte all'aumento degli arrivi irregolari via mare. Il D. L. 19 settembre 2023, n. 124 conferma questa tendenza. Adottato al termine di una estate durante la quale il numero di arrivi irregolari via mare è notevolmente aumentato rispetto all'anno precedente¹, è stato accompagnato dalla presentazione del Presidente del Consiglio che si è rivolta direttamente ai migranti in questi termini: «Se entrate illegalmente in Italia sarete trattenuti e rimpatriati»².

Il nuovo decreto ha innalzato il termine massimo di trattenimento da 3 a 18 mesi (il massimo consentito dalla direttiva 2008/115/CE), dilatato nel tempo l'intervento dell'autorità giudiziaria (ogni 90 mesi in luogo degli attuali 30) e ampliato i presupposti per la proroga del trattenimento³. L'intervento legislativo di natura emergenziale – il terzo in poco meno di un anno in tema di immigrazione – completa l'opera avviata dal d.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. con l. 5 maggio 2023, n. 50 di configurazione della detenzione amministrativa in strumento di “difesa” di fronte alla minaccia rappresentata dall'arrivo incontrollato di migranti. È emblematico, da questo punto di vista, l'affida-

* Dottoranda di ricerca, Università di Torino.

¹ Al 15 settembre 2023, il numero di sbarchi registrato era pari a 127.207, mentre negli stessi mesi del 2022 erano sbarcate 66.237 persone. Fonti: Ministero dell'Interno, Cruscotto statistico giornaliero.

² Valigia Blu, *Migranti: il governo Meloni parla di invasione ma questa è una crisi umanitaria*, 25 settembre 2023: <https://www.valigiablu.it/migranti-governo-lampedusa-crisi-umanitaria/>.

³ Art. 20, d.l. 19 settembre 2024, n. 124, conv. l. 13 novembre 2023, n. 162.

mento al Ministero della difesa (che si sostituisce a quello dell'interno) della realizzazione di nuovi centri detentivi, ibridi e di accoglienza (CPR, hotspot e centri governativi), dichiarati «di diritto quali opere destinate alla difesa e sicurezza nazionale»⁴.

Se quello più recente costituisce «il più ambizioso progetto di isolamento e detenzione di massa dei cittadini di Paesi terzi dell'Italia repubblicana»⁵, le radici di una simile strategia affondano in un terreno particolarmente fertile. Volendo limitare il campo di osservazione agli ultimi dieci anni, non vi è stato governo che non abbia invocato la centralità dell'istituto della detenzione amministrativa per il controllo dei flussi e la realizzazione delle espulsioni. Un elemento di apparente distonia con l'obiettivo bipartisan di potenziare il sistema di rimpatrio è però la convergenza degli interventi normativi su una categoria di soggetti *ipso facto* inespellibili, quella dei richiedenti asilo. Tra tutti i cittadini di Stati terzi il cui soggiorno sul territorio è regolare (quantomeno durante la prima fase dell'esame della domanda di asilo) i richiedenti protezione sono gli unici a poter essere trattenuti sulla base di diverse ragioni, riconducibili al controllo della mobilità o alla prevenzione di fronte a paventati rischi per l'ordine pubblico (i casi in cui è attualmente ammesso il trattenimento sono dettagliati all'art. 8, co. 3, direttiva 2013/33/UE, e devono considerarsi esaustivi). In ogni caso, la misura non può mai essere giustificata dall'esigenza di rimpatrio.

Il contributo ha l'obiettivo di ricostruire per sommi capi l'evoluzione del quadro normativo in materia di trattenimento dell'asilante, soffermandosi in particolare sulle modifiche apportate nel 2023, al fine di porre in evidenza la funzione simbolica ed evocativa dell'ampliamento delle ipotesi di detenzione e lo scarto esistente tra diritto (inattuato) e prassi (illegittime). In conclusione, si intende stimolare una riflessione circa il ruolo che potrà essere ricoperto dall'autorità giudiziaria di fronte alla proliferazione sistemica della detenzione.

2. *L'ampliamento delle ipotesi di trattenimento del richiedente asilo tra CPR e hotspot*

L'apparato coercitivo dispiegato nei confronti del richiedente protezione ha seguito, negli ultimi anni, traiettorie tutt'altro che lineari. Se ne possono indicare almeno due: quella del trattenimento nei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), luoghi *ex lege* deputati al confinamento coattivo dei migranti

⁴ Art. 21, co. 3, d.l. 124/2023.

⁵ M. VEGLIO, *La bestia tentacolare. Forme, tempi e luoghi della detenzione amministrativa in Italia*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2023.

e strutturalmente modellati sull'impianto degli istituti penitenziari; e quella della detenzione negli *hotspot*, dispositivo multiforme e camaleontico, ove i migranti in ingresso – compresi i richiedenti asilo – possono essere alternativamente accolti o detenuti: la linea di demarcazione è flebile poiché, come si vedrà, dipende da contingenze fattuali e dalle esigenze amministrative di identificazione e foto-segnalamento dei migranti.

Per quanto riguarda il trattenimento nei CPR, le ipotesi furono ampliate nel 2015, in occasione del recepimento della Direttiva 2013/33/UE, e confluirono nell'art. 6 D. lgs. 142/2015. Nel 2017, per il tramite del D.L. 13/2017, conv. L. 46/2017, si estese la possibilità di mantenere in CPR chi avesse presentato domanda di asilo dopo la convalida della sua permanenza nel centro ai soggetti destinatari di un provvedimento di respingimento differito (mentre in precedenza la norma si applicava solo nei casi di espulsione). Inoltre, fu introdotta una nuova ipotesi di trattenimento, in CPR, di chi, tradotto in un *hotspot* per l'identificazione, si fosse rifiutato di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici (art. 10, co 3 D. Lgs. 286/98). Fino al 2017, dunque, la privazione della libertà personale poteva *formalmente* avvenire soltanto nei CPR.

La dimensione prasseologica aveva però fatto emergere, già da diversi anni, che anche gli *hotspot* potevano qualificarsi come contesti di potenziale privazione della libertà⁶. (si vedano, *ex multis*, le denunce contenute nelle Relazioni al Parlamento del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà del 2017, 2018, 2019). Il trattenimento in «appositi locali» all'interno gli *hotspot* entra formalmente a far parte dell'ordinamento con il D.L. 113/2018, conv. L. 132/2018, pur tra numerosi dubbi di legittimità costituzionale (D. Loprieno, 2018). Ai sensi del nuovo co. 3 *bis*, aggiunto all'art. 6 D. Lgs. 142/2015, la restrizione può applicarsi per una durata massima di 30 giorni, e deve trovare la sua giustificazione nell'esigenza di «determinazione o verifica dell'identità» del richiedente (cd. trattenimento a fini identificativi). Qualora ciò non avvenga nei primi 30 giorni, la persona trattenuta può esser trasferita, sulla base della stessa esigenza, all'interno dei CPR. Ecco che le due direttrici lungo le quali si realizza la detenzione del richiedente protezione si incrociano e legittimano vicendevolmente.

Gli interventi normativi che hanno introdotto nuove ipotesi di detenzione a fini identificativi, negli *hotspot* e “in ingresso” sono però rimasti sostanzialmente inattuati: si è trattato, fino ad oggi, di norme manifesto, la cui funzione è stata prettamente evocativa e narrativa, poiché funzionale alla normalizza-

⁶ GARANTE NAZIONALE DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ, *Relazione al Parlamento*, 2017, 2018, 2019.

zione all'interno del discorso pubblico di un apparato detentivo che ha quali destinatari anche i richiedenti asilo. Anche il tentativo di fornire una copertura alle pratiche di trattenimento in ingresso in risposta alle sollecitazioni operate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dal Comitato del Consiglio d'Europa (nell'ambito del caso *Khlaifia*⁷) non ha, sostanzialmente, intaccato il piano delle prassi. Queste vengono portate avanti in via parallela alla martellante produzione legislativa.

Da un lato, il trattenimento in ingresso continua ad avvenire *sine titulo* e in modo apertamente arbitrario (come di recente accertato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *J.A. e altri c. Italia*⁸): in primo luogo, permane un vuoto legislativo in relazione alla fase antecedente alla manifestazione della volontà di chiedere asilo (e quindi all'assunzione dello *status* di richiedente protezione). Inoltre, le Questure hanno provveduto all'adozione di ordini di trattenimento nei confronti dei richiedenti asilo già foto-segnalati come tali soltanto in ipotesi eccezionali nel corso del settembre 2023, in applicazione della procedura di asilo di frontiera introdotta su cui si tornerà a breve⁹. Del resto, una simile operazione comporterebbe l'attivazione dei poteri di verifica della misura da parte dell'autorità giudiziaria e quest'ultima, se chiamata a vagliare la misura alla luce del canone di necessità e a rispettare i termini rigorosi imposti dall'art. 13 Cost., potrebbe disinnescare il meccanismo di detenzione pressoché automatica che si attiva nella fase dell'ingresso in alcuni specifici centri (*in primis*, quello di Lampedusa). È quanto in parte avvenuto con riferimento al trattenimento presso l'*hotspot* di Pozzallo, ove i richiedenti asilo sono stati trasferiti dopo il loro arrivo a Lampedusa, ad opera del Tribunale di Catania¹⁰.

Dall'altro lato, al netto delle intenzioni del legislatore circa l'estensione del perimetro della detenzione dei richiedenti asilo nei CPR, la capienza dell'apparato detentivo (701 posti al 31.3.2023 secondo i dati diffusi dal Garante

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12.

⁸ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. and Others v. Italy*, ric. n. 21329/18.

⁹ Per un esame del rapporto tra detenzione del richiedente asilo e procedura di frontiera, A. PRATICÒ, *Le procedure accelerate in frontiera introdotte dall'articolo 7-bis del decreto legge n. 20 del 2023, convertito con legge n. 50 del 2023*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2023.

¹⁰ Trib. Catania, sentenza del 29 settembre 2023 e Trib. Catania, sentenza dell'8 ottobre 2023. Sul punto, C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: commento al decreto del Tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2023.

nazionale¹¹) ha reso irrealistico un incremento esponenziale del numero di richiedenti asilo tra i soggetti trattenuti. È già stato osservato, con riguardo alla categoria dei migranti irregolari, come a un «dispositivo legale improntato alla volontà di rendere possibile un ricorso imponente alla detenzione», corrisponda una realtà fattuale in cui la misura è applicata selettivamente¹². Lo stesso può dirsi del trattenimento dei richiedenti asilo: benché le ipotesi sulla carta siano molto ampie, alcuni elementi empirici suggeriscono che nella maggior parte dei casi gli asilanti trattenuti si trovavano già all'interno dei CPR in forza di provvedimenti di espulsione o respingimento.

In assenza di statistiche ufficiali che consentano di inquadrare il fenomeno (che distinguano, cioè, la popolazione detenuta in base al titolo del trattenimento), alcuni spunti possono trarsi dalle cifre ottenute dalla Questura di Torino a seguito di una richiesta di accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)¹³: i richiedenti asilo trattenuti dopo la presentazione della domanda (ex art. 6, co. 2, D. Lgs. 142/15) sono stati rispettivamente 40, 29, 12, 20 e 15 negli anni tra il 2018 e il 2022, mentre il numero di richieste di asilo presentate da migranti già trattenuti nei CPR è stato pari a 92 (2018), 76 (2019), 99 (2020), 75 (2021) e 219 (2022). Il dato di maggior interesse è l'aumento significativo nel numero di richiedenti trattenuti ai sensi dell'art. 6, co 3, d.lgs. n. 142/15, in particolare dopo il periodo pandemico, a fronte dell'eccezionalità della detenzione disposta a seguito della presentazione della domanda di chi si trovi in stato di libertà.

Tali cifre possono mettersi in relazione con le denunce operate dagli attori della società civile circa gli innumerevoli ostacoli nell'accesso all'asilo per alcune categorie di soggetti, che riescono a manifestare compiutamente la propria volontà soltanto quando entrano in contatto con l'avvocato o l'autorità giudiziaria. Non è casuale, in proposito, che tanto le Corti di merito quanto la Corte di Cassazione si siano occupate a più riprese delle questioni vertenti sul mutamento del titolo di trattenimento¹⁴ e sul momento a partire dal quale il migrante espellendo debba considerarsi richiedente protezione¹⁵.

¹¹ GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ, *Relazione al Parlamento*, 2023.

¹² E. VALENTINI, *Riflessioni sparse sui presupposti applicativi del trattenimento "in uscita"*, in ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, novembre 2022.

¹³ L'oggetto dell'istanza di accesso proposta ai sensi dell'art. 5 D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 riguardava i dati relativi alla condizione giuridica degli stranieri presenti nel CPR di Torino e ai tempi di trattenimento negli anni 2018, 2019, 2020, 2021, 2022.

¹⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza del 30 marzo 2023, n. 9038; Cass. civ., sez. I, sentenza del 1° giugno 2022, n. 17834.

¹⁵ *ex multis*, si Cass. civ., sez. IV, sentenza del 10 gennaio 2023, n. 424; Cass. civ., sez. I,

3. *La trasfigurazione del sistema detentivo del richiedente asilo: quale limite alla serialità?*

Nel 2023 si è compiuto il disegno – anticipato tra il 2017 e il 2018 e coerente con gli indirizzi più recenti delle istituzioni europee – di applicazione generalizzata della detenzione ai richiedenti asilo, con l’ulteriore espansione dei presupposti applicativi e, soprattutto, con l’introduzione dell’ipotesi di trattenimento alla frontiera. Il nuovo art. 6-*bis*, d.lgs. n. 142/15, introdotto dal D. L. 20/2023, conv. L. 50/2023, contempla una ipotesi di trattenimento del richiedente asilo durante lo svolgimento della procedura di frontiera (*ex art. 28-bis*, d.lgs. n. 25/2008) al «solo scopo di accertare il diritto ad entrare sul territorio»: l’articolo non fa alcun riferimento alla necessità di vagliare le circostanze individuali del caso concreto, comportando l’applicabilità automatica della misura. I destinatari della misura sono gli asilanti fermati per avere «eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera» o, alternativamente, quelli «provenienti da un Paese designato di origine sicuro»: l’incremento del numero di Paesi inseriti nella lista (d.m. 17 marzo 2023) comporta necessariamente l’allargamento indiscriminato della platea di soggetti che potranno essere detenuti serialmente al momento dell’ingresso secondo la finzione giuridica apparentemente sottesa alla norma (nella parte in cui presume che la persona non sia *ancora* entrata sul territorio).

L’art. 6-*bis* identifica come termine massimo di trattenimento in frontiera 28 giorni (come risultanti dalla scansione di cui all’art. 35-*ter* D. Lgs. 25/2008) e precisa ulteriormente che «il trattenimento può essere disposto qualora il richiedente non abbia consegnato il passaporto o altro documento equipollente ovvero non presti idonea garanzia finanziaria». Tale ultima previsione è stata attuata per il tramite del d.m. 14 settembre 2023, che impone al richiedente di dimostrare la disponibilità di un alloggio e di mezzi di sussistenza minimi, fissando in 4.938 € l’importo da garantire – tramite fideiussione bancaria o polizza assicurativa – per potersi “sottrarre” alla detenzione: si introduce nell’ordinamento il meccanismo di stampo anglosassone della libertà su cauzione, la cui radicale insensatezza (e irragionevolezza) appare ben manifesta quando si consideri che i soggetti destinatari della previsione sono richiedenti protezione che hanno fatto ingresso per lo più via mare e al momento dell’arrivo sul territorio si trovano in condizione di vulnerabilità, oltreché di impossibilità di accesso agli strumenti menzionati.

sentenze del 13 luglio 2023, n. 20028, 20034, 20070; Trib. Roma, sentenza del 10 febbraio 2023, R.G. 7308/2023 e Trib. Roma, sentenza del 19 maggio 2023, R.G. 25320/2023, tratte dalla rassegna di giurisprudenza di *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 1/2023.

La detenzione nel contesto della procedura di frontiera dovrà essere eseguita prioritariamente all'interno di locali individuati negli *hotspot* ed eventualmente – «nel caso di arrivi consistenti e ravvicinati» – all'interno del CPR: la direttrice del trattenimento in *hotspot* si afferma, oggi, come quella prioritaria durante la procedura di frontiera, nonostante questi luoghi non possano essere considerati «i centri appositi» in cui di norma dovrebbe realizzarsi la misura coercitiva in base all'art. 10, par. 1, direttiva 2013/33/UE. Né l'art. 6-*bis*, né altre previsioni normative hanno individuato a priori quali siano le strutture destinate al trattenimento “frontaliero”, rendendo le modalità di realizzazione di una simile forma di detenzione oltremodo opache.

Resta che la misura non potrà essere sottratta al controllo dell'autorità giudiziaria secondo i termini dettati dall'art. 13 Cost. (la norma opera un richiamo alla procedura di convalida dettata dall'art. 6, co. 5, d.lgs. n. 142/15). Suscita preoccupazione anche la modifica apportata all'art. 10-*ter*, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 286/98, che incide sulle geografie del trattenimento in *hotspot*, ammettendo che gli stessi possano sorgere non soltanto in prossimità della frontiera fisica, ma ovunque sul territorio. L'indeterminatezza normativa circa la definizione delle “strutture analoghe” (la cui natura di luoghi di accoglienza/detenzione è permanentemente incerta) diventa funzionale alla “frontierizzazione” dell'interno territorio nazionale.

Sempre i richiedenti asilo sono i destinatari di due ulteriori ipotesi di trattenimento, in questo caso all'interno del CPR. In base alla nuova lett. d) dell'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 142/15, la detenzione è ammessa per «determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero essere assunti senza il trattenimento e sussiste un rischio di fuga». La formulazione della norma ricalca quella dell'art. 8, lett. b), direttiva 2013/33/UE, ma nulla precisa in ordine alle concrete modalità di individuazione degli elementi per la cui raccolta sia *necessario* il trattenimento, o all'autorità cui viene demandato detto compito (che difficilmente potrebbe essere quella questorile, tenuto conto che l'unico soggetto competente in materia di valutazione della domanda di asilo è la Commissione territoriale). Il grado di approssimazione del testo appare incompatibile con i principi di tassatività e certezza del diritto posti a presidio della libertà personale, tanto più che la stessa direttiva prescrive che il diritto nazionale *specifici* i motivi di cui all'art. 8, spingendo il legislatore a fornire indicazioni più dettagliate in merito ai presupposti giustificativi della misura. A ciò si aggiunge che la definizione del “rischio di fuga” è stata rimodellata adottando gli stessi criteri previsti dall'art. 13, co. 4, d.lgs. n. 286/98, ben più ampi della formulazione precedente.

Infine, utilizzando nuovamente la “sponda” del diritto europeo, si introduce l’ipotesi di trattenimento del richiedente asilo coinvolto in una procedura di trasferimento verso lo Stato europeo competente all’esame della domanda (cd. procedura Dublino). Anche in questo caso l’applicazione dell’istituto è collegata ad un (notevole) rischio di fuga, che viene però identificato in via autonoma, al ricorrere di «almeno due tra le seguenti circostanze»: mancanza di un documento di viaggio; mancanza di un indirizzo affidabile; inadempimento all’obbligo di presentarsi alle autorità competenti; mancanza di risorse finanziarie; ricorso sistematico a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità. Si tratta ugualmente di una nozione ampia, spesso disancorata dal concreto pericolo che la persona si sottragga all’esecuzione del trasferimento e invece appiattita su situazioni indipendenti dalla sua volontà (si pensi, ad esempio, alla mancanza di risorse finanziarie o di un indirizzo valido).

4. *Quale ruolo per il giudice della libertà del richiedente asilo?*

L’immagine che affiora, se si getta uno sguardo d’insieme alle riforme del 2017, 2018 e 2023 in materia di trattenimento, è quello di un fitto reticolato che circonda la figura del richiedente asilo. In teoria, si potrà ricorrere in via generalizzata alla sua detenzione durante la fase di accesso sul territorio, e in via quasi automatica anche nel prosieguo dell’esame della domanda. Uno dei profili più delicati, legati alle diverse forme che può assumere il trattenimento del richiedente, è quello del momento a partire dal quale scatta il termine per l’adozione del provvedimento di cui all’art. 6, co. 5, d.lgs. n. 142/15 e, di conseguenza, per la convalida giudiziale, irrinunciabile anche per le ipotesi di trattenimento in frontiera. Seguendo i principi dettati dalla Corte di giustizia nel caso *VL* (C-36/20 PPU, 25 giugno 2020), il momento rilevante è da individuarsi in quello di manifestazione della volontà di chiedere asilo, poiché mutando lo *status* della persona, dovrà mutare anche il titolo del trattenimento.

In proposito i Tribunali ordinari, competenti per la convalida del trattenimento dei richiedenti asilo ex art. 6, co. 3, d.lgs. n. 142/15, stanno mostrando una rinnovata attenzione. Le pronunce adottate nel 2023 e già richiamate sono un chiaro esempio, ma spicca per importanza anche l’ordinanza del Tribunale di Milano che risale all’anno scorso (11.12.2022)¹⁶, con la quale è stata rimessa al Giudice delle Leggi una questione di legittimità costituzionale relativa al possibile verificarsi di un trattenimento *sine titulo* nel periodo che intercorre tra la manifestazione della volontà di chiedere asilo dello straniero

¹⁶ Trib. Milano, ordinanza dell’11 dicembre 2022, R.G. 42304/2022.

già precedentemente trattenuto e l'adozione del provvedimento ex art. 6, co. 5, d.lgs. n. 142/15. Diverse delle pronunce richiamate hanno confermato che «la domanda di protezione internazionale può essere presentata dallo straniero, che abbia in corso il trattenimento ai fini dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998, anche avanti al giudice di pace [...] in siffatta ipotesi, la domanda, immediatamente trasmessa al questore, deve essere registrata nel termine perentorio di sei giorni lavorativi», mentre non si sono ancora soffermate puntualmente sul *dies a quo* per la convalida. Se, in base alla previsione di cui all'art. 6, c co. 5, d.lgs. n. 142/15, «quando il trattenimento è già in corso al momento della *presentazione* della domanda, i termini previsti dall'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si sospendono e il questore trasmette gli atti al tribunale», ci pare che possa avanzarsi l'interpretazione secondo la quale i termini di 48+48 di cui all'art. 13 co. 2 Cost. dovranno decorrere precisamente dal momento della presentazione della domanda. È in quell'istante, infatti, che il titolo di trattenimento muta, e con esso si impone la necessità di una nuova convalida nel rispetto della riserva di giurisdizione.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione posta dal Tribunale di Milano¹⁷, rilevando una lacuna nel quadro normativo come ricostruito dal giudice *a quo*. La Corte pare però riconoscere, sebbene la decisione paia a tratti oscura, che al giudice di merito spetta di verificare se vi sia stata una violazione dei termini di cui all'art. 13 Cost., fornendo quindi una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 6, c co. 5, d.lgs. n. 142/15. La Corte rimette quindi ai giudici l'onere di valutare l'operato delle Questure (e nello specifico la tempestività della richiesta di convalida del trattenimento) «nei limiti delle proprie competenze, con riferimento al fascio delle garanzie assicurate dall'art. 13 Cost., e, in particolare, alla regola che impone alla legge di determinare i termini massimi dei trattenimenti disposti in via preventiva, allo scopo di evitare che essi si prolunghino indefinitamente, anche a causa di prassi applicative distorte».

Più in generale, qualora le ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo sulla carta si traducano nell'aumento del ricorso alla misura nelle prassi delle Questure, i giudici saranno sempre più chiamati ad operare un vaglio rigoroso della compatibilità tra nuove ipotesi di trattenimento e rispetto dell'art. 13 Cost. in sede di convalida. Parallelamente, il loro ruolo rimane centrale anche in uno scenario alternativo e più simile a quello attuale: in cui, cioè, il trattenimento degli asilanti avviene selettivamente nei CPR, ed è accompagnato

¹⁷ Corte Cost., sentenza del 4 dicembre 2023, n. 212.

dalla loro detenzione non già *ex lege*, ma *sine titulo*, all'interno degli *hotspot*. La confusione che si sta manifestando all'indomani dell'adozione dei decreti del 2023 circa la natura e le modalità concrete di confinamento dei richiedenti asilo in luoghi *altri* rispetto ai CPR non può lasciare indifferenti l'avvocatura e la magistratura, pena l'ineffettività del rimedio di *habeas corpus* di cui all'art. 5 CEDU e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Anche sotto profilo, le indicazioni della Corte di giustizia sono quanto mai attuali¹⁸: i giudici europei hanno affermato che in caso di trattenimento illegittimo del richiedente asilo (ad esempio, poiché in contrasto con le norme UE), il giudice nazionale debba dichiararsi competente per l'esame della causa anche se non vi sono previsioni legislative che impongano un controllo giurisdizionale (convalida) sulla misura *de facto*. Con riferimento alla materia di cui si tratta, occorre ipotizzare l'attivazione dei poteri di controllo del giudice anche in caso di dubbio circa la natura delle restrizioni imposte all'interno degli *hotspot*.

¹⁸ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, del 14 maggio 2020, *FMS e.a. contro Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

L'ACCESSO DEI MIGRANTI AL LAVORO

LAVORO E IMMIGRAZIONE: UNA NUOVA STAGIONE NELLA REGOLAMENTAZIONE DEI FLUSSI DI INGRESSO?

Madia D'Onghia *, Claudio de Martino **

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il d.P.C.M. per il triennio 2023-2025. – 3. I nuovi canali di ingresso extra-quote.

1. *Introduzione*

Da alcuni mesi, sulla materia dell'ingresso degli stranieri nel mercato del lavoro, sembrerebbe essere stata inaugurata una nuova stagione, in cui le voci propagandistiche aprioristicamente contrarie all'ampliamento dei canali d'ingresso degli stranieri paiono cedere il passo alla presa d'atto di un sistema economico che necessita di manodopera straniera e che rivendica meccanismi più celeri per la regolarizzazione di chi è già presente in Italia.

Alcune recenti scelte normative, apparentemente indipendenti tra loro, condividono, a una più attenta analisi, il comune intento di facilitare l'ingresso di manodopera straniera sul territorio italiano, per far fronte alle pressanti richieste del mondo produttivo, in linea con un *trend* già in atto. Gli ultimi dati della Fondazione Moressa¹, basati sulle denunce retributive mensili Uniemens, indicano che nei primi tre mesi del 2023 i lavoratori stranieri sono stati destinatari di ben il 25,8% delle assunzioni (anche per brevi periodi).

In tale scenario si inserisce l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri (comunicato stampa n. 42 del 6 luglio 2023²) dello schema di un decreto flussi integrativo al d.P.C.M. del 29 dicembre 2022, che prevede quote aggiuntive per 40.000 lavoratori extracomunitari stagionali in agricoltura e nel settore turistico-alberghiero (a valere sulle domande già presentate nell'ambito della predetta procedura) e di un d.P.C.M. diretto a regolare i flussi di manodopera straniera nel triennio 2023-2025, su cui ci si soffermerà in questo editoriale.

* Professoressa ordinaria di diritto del lavoro, Università di Foggia.

** Assegnista di ricerca, Università di Firenze.

¹ I dati sono consultabili al *link*: <https://www.ilsole24ore.com/art/nuovi-rapporti-lavoro-su-quattro-avviato-nati-all-estero-AFHxwRC>.

² Consultabile al *link*: <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-42/23077>.

Trattandosi di provvedimenti ancora *in fieri*³ al momento in cui si scrive, le considerazioni che effettueremo potrebbero essere suscettibili di qualche revisione, anche solo parziale, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del testo definitivo.

2. *Il d.P.C.M. per il triennio 2023-2025*

I due schemi di d.P.C.M non rappresentano una novità assoluta, essendo attuativi dell'art. 1 del c.d. «decreto Cutro»⁴ di marzo 2023, con cui il Governo si era impegnato a rafforzare i canali di ingresso per i lavoratori extra-UE, all'indomani dell'ennesima tragedia del mare.

Proprio quel decreto, infatti, aveva stabilito che la determinazione dei flussi fino al 2025 dovesse avvenire con una programmazione triennale (che sostituisce quella, ormai inattuata, prevista dal Testo Unico), garantendo anche la possibilità di integrare gli ingressi in corso d'anno con nuovi decreti.

La prima, e principale, novità attiene al dato quantitativo: ai 40mila lavoratori extra-UE subito autorizzati a entrare in Italia – già prima ricordati – si aggiungono cifre crescenti nel triennio, secondo la c.d. logica incrementale delle quote: si parte da 136.000 ingressi nel 2023, per poi arrivare a 151.000 nel 2024, sino a 165.000 nel 2025.

Si aggiungono, poi, delle nuove professionalità: oltre ai settori a cui si rivolgeva pure il decreto flussi per il 2022 (autotrasporto merci per conto terzi, edilizia, settore turistico-alberghiero, meccanica, telecomunicazioni, settore alimentare e cantieristica navale), si potrà richiedere l'ingresso in Italia anche per lavorare nei comparti del trasporto passeggeri con autobus e della pesca, così come per lo svolgimento delle professioni di acconciatori, elettricisti e idraulici.

Una scelta apprezzabile e innovativa, quest'ultima, che appare coerente con la richiesta di tali professionalità nel nostro mercato del lavoro. Invero, in sede di parere favorevole rilasciato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, oltre a raccomandare «un incremento delle quote com-

³ L'editoriale è stato redatto dopo il passaggio in Conferenza Stato-Regioni, avvenuto il 12 luglio 2023, allorquando lo schema di d.P.C.M., era atteso in Parlamento per i pareri delle Commissioni competenti del Senato e della Camera dei Deputati. Il d.P.C.M. integrativo è stato poi effettivamente pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 agosto 2023, mentre il d.P.C.M. recante la programmazione dei flussi d'ingresso legale in Italia dei lavoratori stranieri per il triennio 2023-2025 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 3 ottobre 2023.

⁴ D.L. 10 marzo 2023, n. 20, convertito in L. 5 maggio 2023, n. 50.

plessive di lavoratori stranieri», si è anche evidenziato l'opportunità di «tenere conto delle professionalità di cui necessitano i singoli territori».

Nella programmazione dei flussi vengono, poi, destinate – a differenza della procedura indetta per il 2022 – quote specifiche per il settore dell'assistenza familiare e socio-sanitaria. In linea di principio, anche questa scelta non può che essere giudicata con favore. Tuttavia, il numero di ingressi previsti, pari a 9.500 unità per ciascuno dei tre anni interessati dalla programmazione, appare largamente insufficiente a rispondere alle necessità di assistenza delle famiglie italiane, visto che, secondo un recente studio⁵, il comparto necessiterebbe nel triennio 2023-2025 di un numero di lavoratori (*rectius*, lavoratrici) extra-comunitari compreso tra 57.000 e 68.000 unità. Toccherà, invece, alla futura circolare applicativa del decreto regolamentare l'armonizzazione delle norme del d.l. n. 20/2023, che impongono l'asseverazione di congruità, a cura dei professionisti abilitati, a rapporti di lavoro nei quali la parte datoriale non è un'impresa ma una famiglia.

Continuando nell'analisi dei numeri, il dato più evidente è che ben due terzi dei nuovi ingressi sono destinati alla stipula di contratti di lavoro stagionale (82.550 per l'anno 2023; 89.050 per l'anno 2024; 93.550 per l'anno 2025) e, di questi, la maggior parte è riservata, nei settori agricolo e turistico-alberghiero, a lavoratori stranieri le cui istanze di nulla osta siano presentate dalle organizzazioni professionali dei datori di lavoro (a cui peraltro è espressamente assegnata la responsabilità di seguire tutti gli adempimenti connessi al procedimento di assunzione). Anche qui, però, *nihil sub sole novum*, se non con riferimento ai numeri, di gran lunga più ingenti rispetto al passato: la possibilità di riservare delle quote alle richieste di nulla osta provenienti dalle «organizzazioni professionali dei datori di lavoro» è ormai una costante, essendo stata prevista già nei decreti flussi per il 2021 e per il 2022.

L'allargamento dei settori destinatari dei flussi di ingresso rispetto al recente passato è sicuramente una buona notizia, ma, al contempo, balza all'occhio la perdurante assenza del comparto agricolo. È pur vero che, come anticipato, il Governo ha programmato un decreto aggiuntivo per consentire ingressi di lavoro stagionale già richiesti nell'ambito dell'ultimo decreto flussi, ma ha dimenticato che la progressiva destagionalizzazione delle colture richiederebbe l'introduzione di quote a tempo indeterminato anche per questo settore.

⁵ F.M. ROTTINO, L. DI SCIULLO (a cura di), *Il fabbisogno aggiuntivo di manodopera straniera nel comparto domestico. Stima e prospettive*, Centro Studi e Ricerche Idos, marzo 2023, consultabile al *link*: <https://www.bollettinoadapt.it/il-fabbisogno-aggiuntivo-di-manodopera-straniera-nel-comparto-domestico-stima-e-prospettive/>.

Proprio nell'ambito delle quote per lavoro subordinato a tempo indeterminato, il decreto opera una prima (timida) attuazione di quanto previsto dal d.l. n. 20/2023. In particolare, portando a compimento quanto delineato nell'art. 1, comma 5, si riserva una certa percentuale di ingressi ai lavoratori provenienti da Stati che promuovono, per i propri cittadini, campagne mediatiche per contrastare l'immigrazione irregolare, anche se i numeri effettivamente programmati per il triennio sono piuttosto risibili (2.000 unità nel 2023, 2.500 nel 2024 e 3.000 nel 2025), il che indebolisce l'effettività della disposizione introdotta nel "decreto Cutro". Resta comunque apprezzabile il tentativo di impostare una politica di mobilità in collaborazione con i Paesi di origine.

Anche nel decreto dedicato al triennio 2023-2025 troviamo, poi, l'elenco dei Paesi dai quali saranno autorizzati i nuovi ingressi: una scelta in netta continuità con il passato, in forza della quale si traccia una lista di trentacinque Paesi, a cui però potranno aggiungersi quegli altri con cui l'Italia concluderà accordi di cooperazione in materia migratoria nel corso del triennio. Va da sé, però, che, laddove tali accordi non vengano raggiunti, le quote specificamente destinate a questi Paesi, crescenti nel corso dei tre anni (12.000 unità nel 2023, 20.000 nel 2024 e 28.000 nel 2025), non potranno essere utilizzate.

Del tutto simboliche, infine, appaiono le quote riservate – questa volta in attuazione del comma 5-bis dell'art. 1 del d.l. n. 20/2023 – in favore di apolidi e rifugiati riconosciuti dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati o dai Paesi di primo asilo o di transito: appena 200 unità per ciascuno dei tre anni oggetto della programmazione. Analogamente, come nell'ultimo decreto flussi, anche nella programmazione del triennio a venire si è deciso di riservare (appena) cento ingressi all'anno per i cittadini venezuelani, di origine italiana, che vogliono entrare in Italia per motivi di lavoro. Ciò a dimostrazione del carattere poco più che propagandistico di alcune disposizioni in tema di lavoratori rifugiati.

3. *I nuovi canali di ingresso extra-quote*

Quanto agli ingressi in Italia per motivi di lavoro al di fuori del sistema delle quote, merita di essere segnalata l'attenzione dell'Esecutivo al potenziamento delle attività di istruzione e formazione professionale e civico-linguistica organizzate nei Paesi di origine e il conseguente aumento degli ingressi dei lavoratori che abbiano completato tali attività.

In tal senso si era già mosso lo stesso "decreto Cutro" (art. 3), prevedendo che gli aspiranti lavoratori che frequenteranno con profitto tali corsi avranno diritto al rilascio del nulla osta senza il rispetto di limiti numerici, quantitativi e

qualitativi⁶. È abbastanza evidente la *ratio*: “importare” in Italia manodopera specializzata, dotata di competenze linguistiche basilari⁷, oltre che di una formazione di base su educazione civica e di una minima consapevolezza dei propri diritti sul lavoro.

L’ottica in cui si muove il legislatore appare sicuramente condivisibile, anche se l’impatto della misura si potrà misurare solo sul medio-lungo termine, in quanto la inevitabile complessità nell’organizzazione dei corsi farà sì che, verosimilmente, il numero dei lavoratori che potranno entrare, almeno nel breve periodo, in Italia attraverso questo nuovo canale non sarà di particolare rilevanza.

Da ultimo, fra le misure indicative di quel timido cambiamento di rotta del legislatore nel facilitare l’ingresso degli stranieri per motivi di lavoro, appare il caso di segnalare anche l’emendamento (n. 24.10, approvato lo scorso 24 luglio, nell’ambito della discussione per la conversione in legge del decreto legge 22 giugno 2023, n. 75, c.d. Decreto PA⁸) destinato ad ampliare le possibilità di ingressi c.d. “extra-quote” in favore di lavoratori che abbiano lavorato per società italiane operanti in Paesi extra-UE, ai fini del loro reimpiego nel nostro territorio.

In particolare, viene introdotta una lettera *i-bis* all’art. 27, comma 1, del Testo Unico sull’immigrazione – il quale, come noto, contiene categorie di lavoratori non soggetti al sistema delle quote, data la peculiare natura delle loro prestazioni – che esenta dal farraginoso meccanismo dei flussi quei lavoratori che siano stati dipendenti, per almeno 12 mesi nell’arco dei 48 mesi antecedenti alla richiesta, di imprese aventi sede in Italia, ovvero di società da queste partecipate, operanti nei Paesi extra-UE, ai fini del loro impiego nelle sedi di tali imprese nel territorio italiano.

In sostanza, si apre un canale privilegiato per consentire alle imprese italiane operanti all’estero di assumere, anche in Italia, lavoratori che siano già stati “sperimentati” negli Stati di origine. Si tratta evidentemente di una previsione

⁶ Peraltro, in relazione a tale aspetto, si segnala anche il recente Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 7 luglio 2023 di approvazione delle Linee Guida per la predisposizione, da parte di soggetti pubblici e privati, dei programmi di formazione professionale e civico-linguistica, la cui frequenza autorizzerà l’ingresso extra-quote.

⁷ Non a caso nelle Linee Guida del 7 luglio 2023 si impone il raggiungimento almeno del livello A1.

⁸ V. elenco delle proposte emendative in ordine di pubblicazione, consultabile al link: <https://documenti.camera.it/apps/emendamenti/getProposteEmendativeSeduta.aspx?contenitore-Portante=leg.19.emc.ac.1239&tipoSeduta=1&sedeEsame=referente&urnTestoRiferimento=urn:leg:19:1239:null:null:com:0111:referente&dataSeduta=20230724&tipoListaEmendamenti=1>.

molto specifica, e probabilmente formulata *ad hoc* per le esigenze di alcune grandi imprese trans-nazionali, che comunque dà (anch'essa) la misura di un modesto ma apprezzabile mutamento di prospettiva.

Concludendo, ci preme solo sottolineare che, pur riconoscendo la rilevanza positiva delle recenti scelte governative, soprattutto in termini di ampliamento quantitativo dei flussi per manodopera non qualificata e dei settori produttivi, resta ferma la necessità di una strategia più complessiva che governi il fenomeno migratorio, specie quello per ragioni economiche, in modo strutturale, secondo *policy* di effettiva integrazione lavorativa e inclusione sociale.

IL “DECRETO CUTRO” TRA DOMANDA DI FORZA LAVORO E INSOFFERENZA PER I DIRITTI FONDAMENTALI

Roberto Cherchi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’immigrazione per motivi di lavoro. – 3. L’espulsione e il trattenimento dello straniero. – 4. Le nuove disposizioni sulla protezione speciale. – 5. Le nuove disposizioni sulla protezione internazionale. – 6. Le nuove disposizioni penali sull’immigrazione. – 7. Un decreto-legge che incentiva l’irregolarità del soggiorno.

1. *Introduzione*

Il decreto-legge 20/2023, adottato in seguito alla tragedia di Cutro, dopo essere stato approvato dal Senato è attualmente all’esame della Camera. Il decreto ha ad oggetto l’ingresso legale, il diritto di asilo e la repressione dell’ingresso e del soggiorno irregolare. Le sue disposizioni possono essere ascritte a sei macro-settori: 1) l’immigrazione per motivi di lavoro; 2) l’espulsione; 3) la protezione speciale; 4) la protezione internazionale; 5) le disposizioni penali contro l’immigrazione clandestina; 6) i centri per i migranti. Per esigenze di sintesi ci si soffermerà solo su alcune delle principali novità.

2. *L’immigrazione per motivi di lavoro*

Con riferimento all’immigrazione per motivi di lavoro, il d. lgs. 286/1998 (da qui in poi: TUI) prevede una programmazione dei flussi attraverso due atti: il «documento programmatico relativo alla politica dell’immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato», con cui si definiscono i criteri per la regolazione dell’ingresso, adottato a cadenza triennale; il decreto flussi, che a cadenza annuale specifica le quote di ingresso (art. 3 TUI). Il decreto-legge prevede, in deroga a queste disposizioni, l’adozione di un unico decreto per il triennio 2023-2025, nel quale si definiscono sia i criteri per la regolazione dei flussi che le quote di ingresso, ferma restando la possibilità di adottare, nel corso del triennio, ulteriori decreti (art. 1, cc. 1, 3 e 4). Tale decreto reca misure premiali per i Paesi terzi: a) si assegnano, in via preferenziale, quote riservate ai lavoratori di Stati che promuovono campagne sui rischi per l’incolumità personale dei traffici irregolari (art. 1, c. 5); b) si prevedono quote

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari.

riservate – peraltro già esistenti nei precedenti decreti flussi – per i Paesi che hanno sottoscritto o stanno per sottoscrivere accordi di cooperazione in materia migratoria. In tali decreti possono essere inserite quote riservate ad apolidi e a rifugiati riconosciuti come tali dall’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati o dalle autorità competenti nei Paesi di primo asilo o di transito (art. 1, c. 5-*bis*, inserito in sede referente).

Alcune norme sono dirette a rendere più efficiente il mercato del lavoro: si prevede che lo straniero possa lavorare nelle more della sottoscrizione del contratto di soggiorno; si semplifica il rilascio del nulla osta al lavoro (art. 2, c. 1); si dispone che, se una domanda non è stata accolta nel primo decreto, essa possa essere presa in considerazione per gli eventuali decreti successivi senza che sia necessaria una nuova presentazione. Infine, la durata massima del rinnovo dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato a tempo indeterminato, per lavoro autonomo e per motivi familiari è portata da due a tre anni (art. 4).

Nuove disposizioni consentono l’ingresso e il soggiorno legale al di fuori delle quote a favore di questi soggetti: a) gli stranieri che partecipano a programmi di istruzione e formazione professionale e civico-linguistica nei Paesi di origine, promossi dal Ministero del lavoro (art. 3, art. 23 TUI), o da organizzazioni nazionali dei datori di lavoro presenti nel Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro, o dalle loro articolazioni territoriali o di categoria (art. 3, c. 4-*ter*, introdotto al Senato limitatamente agli anni 2023 e 2024); b) i cittadini di Paesi con i quali l’Italia ha sottoscritto intese o accordi in materia di rimpatrio (art. 1, c. 5-*ter*, introdotto in sede referente); c) gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di studio e formazione che chiedono la conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

3. *L’espulsione e il trattenimento dello straniero*

Il decreto-legge ha abrogato l’art. 12, c. 2, del D.P.R. n. 394/1999, il quale prevedeva che, nel caso in cui le autorità avessero rifiutato la domanda di permesso di soggiorno, il questore, in occasione della notificazione del rifiuto, concedeva allo straniero un termine, non superiore a quindici giorni lavorativi, per presentarsi al posto di polizia di frontiera indicato e lasciare volontariamente il territorio dello Stato, con l’avvertenza che, in mancanza, si sarebbe proceduto all’espulsione (art. 9, c. 3). In seguito all’abrogazione, invece, tali stranieri sono destinatari di un provvedimento di espulsione.

L’abrogazione della disposizione *de qua* è – a nostro avviso – illegittima sotto diversi profili.

In primo luogo, è tradito il *favor* per la partenza volontaria (di cui al considerando n. 10 della direttiva 2008/115/CE, cd. direttiva “rimpatri”): secondo la vigente disciplina sull’espulsione (art. 13 TUI), a causa dell’ampia estensione delle ipotesi di rischio di fuga (cui consegue il rimpatrio coattivo), la partenza volontaria è un istituto residuale e poco applicato.

In secondo luogo, con tale abrogazione si viola il diritto dello straniero a far valere in giudizio le ragioni che si oppongono all’espulsione prima della sua esecuzione (art. 1 protocollo n. 7 alla CEDU, art. 24 Cost.). In base alla norma previgente, infatti, nei quindici giorni di tempo per lasciare il Paese, l’interessato poteva conferire la procura speciale a un avvocato per il ricorso al TAR o alla sezione specializzata (ex art. 3 l. d.l. 13/2017, convertito nella legge 46/2017), e in tale sede si poteva presentare domanda di sospensiva. In base alle nuove norme, invece, non vi è soluzione di continuità tra decisione sul permesso di soggiorno, adozione di un provvedimento di espulsione immediatamente esecutivo e, di regola, accompagnamento coattivo alla frontiera, per cui i margini per la tutela processuale sono molto ridotti.

Sempre in tema di allontanamento l’art. 10-*bis* del decreto-legge, introdotto al Senato, ha previsto che il trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri, che può avere luogo per un massimo di novanta giorni, sia prorogabile, qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l’Italia ha sottoscritto accordi in materia di rimpatri, non più per trenta ma per quarantacinque giorni.

Infine, si è previsto che lo straniero partecipa mediante collegamento audiovisivo alle udienze per la convalida del decreto di accompagnamento coattivo alla frontiera e del decreto che ordina il trattenimento dello straniero nel CPR (art. 7-*quater*).

4. *Le nuove disposizioni sulla protezione speciale*

Le nuove disposizioni sulla protezione speciale restringono l’ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell’istituto.

L’art. 19 TUI recava quattro ipotesi di applicazione della protezione speciale: 1) il divieto di espulsione o respingimento in presenza di “rischi persecutori”; 2) il divieto di espulsione, respingimento o estradizione quando la persona potrebbe essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti; 3) il divieto di espulsione, respingimento o estradizione qualora ricorrano obblighi costituzionali o internazionali; 4) il divieto di respingimento o espulsione qualora essa comporti la violazione del diritto alla vita privata e familiare (la disposizione indicava i criteri di accertamento della lesione).

L'ultima ipotesi è stata espunta dal decreto-legge n. 20/2023. In realtà si tratta di un'abrogazione efficace ma sostanzialmente ineffettiva, perché l'interesse alla vita privata e familiare è protetto come diritto ex art. 8 CEDU ed ex art. 10, c. 3 Cost., per cui anche in questi casi la protezione speciale dovrebbe essere accordata in base al vincolo degli obblighi costituzionali e internazionali. L'abrogazione dei criteri di accertamento della lesione, però, lascerà spazio a un'eccessiva discrezionalità amministrativa e giurisprudenziale, in un ambito in cui vige una riserva di legge ex art. 10, commi 2 e 3, Cost.

Su questo impianto sono intervenuti gli emendamenti ulteriormente restrittivi approvati dal Senato: 1) non è più consentito il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale nei casi in cui sia stata presentata domanda per un altro tipo di permesso di soggiorno; 2) il permesso di soggiorno per cure mediche non può più essere rilasciato in correlazione a «gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie», ma solo in presenza di «condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel paese di origine»; 3) il permesso di soggiorno per calamità ha come presupposto non più una situazione «grave», ma «contingente ed eccezionale», ed è rinnovabile solo per un ulteriore periodo di sei mesi; 4) non è più consentito convertire i permessi di soggiorno per protezione speciale, per calamità e per cure mediche in permessi di soggiorno per motivi di lavoro; 5) i permessi già accordati in base a presupposti non più previsti sono rinnovati una sola volta per un anno (con i punti 2, 3 e 4 si ritorna a quanto previsto dal decreto-legge n. 113/2018, cd. decreto Salvini 1).

5. *Le nuove disposizioni sulla protezione internazionale*

Le nuove disposizioni sulla protezione internazionale da un lato riducono l'accesso del richiedente asilo ad alcuni servizi, dall'altro rendono più celere l'esame di parte delle domande di protezione internazionale e incidono in senso riduttivo sul diritto di difesa. In particolare: si esclude l'accesso al sistema di accoglienza e integrazione (SAI) da parte dei richiedenti asilo (art. 5-ter); si eliminano l'assistenza psicologica, i corsi di italiano e l'orientamento legale e al territorio dai servizi delle strutture di prima accoglienza (art. 6-ter); si prevede l'applicazione della procedura accelerata di esame della domanda di protezione internazionale ai casi in cui tale domanda sia stata presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito da uno straniero proveniente da un Paese di origine sicuro, e si prevede che la procedura possa avere luogo in loco (c.d. procedura di frontiera); si esclude, nell'ipotesi precedente, che la proposizione del ricorso abbia effetto sospensivo automatico; si amplia l'am-

bito di applicazione delle norme sull'inammissibilità della domanda (art. 7-*bis*, c. 1); si estende il novero dei casi di trattenimento del richiedente protezione internazionale (art. 7-*bis*, c. 2); si rimodula la disciplina dei casi in cui, in seguito all'esame della domanda di asilo, vi è l'obbligo di lasciare il territorio nazionale; si esclude il diritto alla tutela giurisdizionale nei casi di decisione di inammissibilità (art. 7-*ter*).

6. *Le nuove disposizioni penali sull'immigrazione*

Il contrasto all'immigrazione irregolare è perseguito anche con alcune disposizioni penali (art. 8 del decreto). Sono aumentate le pene per la fattispecie base di cui all'art. 12 TUI (la reclusione da uno a cinque anni diviene da due a sei anni); anche le aggravanti speciali sono aumentate (la reclusione da cinque a quindici anni diviene da sei a sedici anni). Le pene erano già severe, questo ulteriore incremento induce a chiedersi se non sia violato il principio di proporzionalità della pena.

Viene altresì introdotto nel testo unico il nuovo art. 12-*bis* TUI (morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina). Le pene previste per la nuova fattispecie di reato sono severissime, fino ad un massimo di trenta anni. A tale misura si poteva giungere anche in vigenza della precedente normativa, applicando la pena per la fattispecie base dell'art. 12, una circostanza aggravante e il concorso con l'omicidio colposo plurimo. Mentre però in precedenza con le attenuanti la pena poteva essere diminuita, in base alla nuova norma penale, che sembra configurare una fattispecie autonoma di reato, non dovrebbe più essere così.

7. *Un decreto-legge che incentiva l'irregolarità del soggiorno*

Il *fil rouge* delle nuove disposizioni può essere così sintetizzato: razionalizzazione senza riforma, per ciò che concerne l'ingresso e soggiorno regolare per motivi di lavoro; congelamento della condizione di irregolarità, per gli stranieri già presenti e privi di un titolo di soggiorno; sfavore rispetto a ingresso e accoglienza dei richiedenti asilo.

Con riferimento all'ingresso e al soggiorno per motivi di lavoro, se sono positive le norme sull'ingresso di stranieri fuori quota e quelle sulla semplificazione amministrativa, nel complesso le principali criticità esistenti non sono state superate. Il superamento del dogma delle quote non intacca infatti il tabù – astrattamente legalitario e diffuso anche in altri Paesi occidentali¹, ma

¹ Sul punto si vedano gli scritti raccolti in P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA

in via di superamento in Germania, Francia e Spagna² – secondo cui il primo ingresso non può non essere legale e funzionale a una occasione di lavoro già esistente, e il soggiorno illegale non può mai costituire l'antefatto del rilascio di un titolo di soggiorno, e questo perfino con riferimento ai richiedenti asilo, in relazione ai quali alle disposizioni restrittive fa da *pendant* la previsione della possibilità di inserire nei decreti flussi quote riservate ad apolidi e a rifugiati. Si continua così ad ignorare che il decreto flussi è già ora, nella sostanza, uno strumento per la regolarizzazione di soggetti presenti nel territorio nazionale e che, comunque, anche questo è uno strumento a tal fine inefficace, perché nella prassi è da anni sottodimensionato rispetto alle esigenze del mercato del lavoro e in misura rilevante destinato agli ingressi per lavoro stagionale³. Sarebbe invece utile ricorrere a istituti collaudati e utili a ridurre l'area dell'ingresso e del soggiorno irregolare: 1) lo *sponsor*, previsto dall'art. 23 TUI nella sua versione originaria, la cui funzione di garanzia consentiva allo straniero di ottenere un permesso di soggiorno per un anno a fini dell'inserimento nel mercato del lavoro; 2) il permesso di soggiorno per comprovata integrazione, analogo a quello esistente in Francia e in Spagna, in forza del quale chi si trova irregolarmente nel territorio nazionale ma soddisfa le condizioni di soggiorno può essere regolarizzato.

La parte del d.l. n. 20/2023 che a nostro avviso incentiva l'irregolarità è invece quella dedicata ai permessi di soggiorno per protezione speciale, per cure mediche e per calamità, che denotano l'intento politico di far rivivere il primo decreto Salvini.

Il quadro è poi completato da ulteriori "mura" innalzate a difesa da ingressi non programmati: le disposizioni sulla protezione internazionale, sulla costruzione di C.P.R. in deroga alle leggi vigenti, sulle espulsioni, sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, cui vanno accostate le nuove norme del d.l. n. 1/2023 sulle ONG operanti nel Mediterraneo.

A tali norme si aggiungono atteggiamenti culturali e prassi applicative che rendono ancor più difficile l'esercizio dei diritti fondamentali: ad esempio,

ROCCA, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, Napoli, 2022.

² Cfr. M. AMBROSINI, *Il "Decreto Cutro" e la nuova strategia di differenziazione: ucraini e lavoratori stranieri sì, richiedenti asilo no*, in ADiM Blog, Editoriale, marzo 2023, p. 4.

³ Se infatti nel decreto flussi del 2007 erano previsto 250mila ingressi, si è passati poi a 30mila, la quasi totalità lavoratori stagionali o per la conversione in permesso di lavoro di altri che erano presenti ad altro titolo, dal 2015 al 2020, per poi passare a circa 70mila negli anni successivi, a fronte di una domanda invariata sul mercato del lavoro.

quelli volti a produrre un *chilling effect* nei confronti delle suddette ONG⁴ o quelli che, a dispetto del disegno normativo del d.l. n. 130/2020 (cd. La-morgese), negli ultimi anni hanno reso irto di ostacoli anche solo ottenere un appuntamento in tempi ragionevoli, presso le questure, per la formalizzazione della domanda di protezione speciale.

È certo positiva la mancata approvazione di alcuni emendamenti di maggioranza: la non abrogazione della disposizione sul riconoscimento della protezione speciale in connessione agli obblighi costituzionali e internazionali; la mancata approvazione della proposta di elevare il termine massimo del trattenimento dello straniero espellendo fino a centoottanta giorni, a prescindere dall'esistenza di accordi per il rimpatrio. Nonostante ciò, il disegno normativo è in alcune sue parti di dubbia legittimità, e darà sicuramente origine a un vasto contenzioso innanzi a giudici comuni e alla Corte costituzionale. A prescindere dai dubbi di legittimità le misure previste, a dispetto dei fini annunciati, appaiono in parte insufficienti e in parte inadeguate: nuove politiche sull'immigrazione si rendono necessarie, non solo perché lo impongono la Costituzione e le convenzioni internazionali, ma anche perché, nel lungo periodo, si rivelerebbero coerenti con l'interesse nazionale.

⁴ Cfr. M. TUOZZO, *Le nuove regole del soccorso in mare: quale coerenza tra mezzo e fine?*, ADiM Blog, Editoriale, gennaio 2023, p. 4 s., e G. MENTASTI, *Decreto Cutro: gli ultimi sviluppi della normativa in tema di immigrazione*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, aprile 2023, pp. 5-6.

IL PRIMO DECRETO FLUSSI DEL GOVERNO MELONI TRA (POCHE) NOVITÀ E (MOLTE) CONFERME

Claudio de Martino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La (ormai) tradizionale provvisorietà della determinazione dei flussi. – 3. Una panoramica sui numeri e i Paesi di provenienza. – 4. I settori produttivi interessati e il rilascio dei nulla osta. – 5. La verifica dell'indisponibilità dei lavoratori presenti sul territorio nazionale.

1. *Introduzione*

Il d.p.c.m. 29 dicembre 2022 (d'ora in poi, solo d.p.c.m.), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 21/2023, costituisce il primo atto regolativo dell'accesso in Italia dei migranti per motivi di lavoro del Governo Meloni ed è anche il primo “decreto flussi” emanato in seguito alla semplificazione delle procedure, ai sensi degli artt. 42, 43, 44 e 45 del d.l. n. 73/2022 (convertito in l. 4 agosto 2022, n. 122).

Dunque, val la pena esaminarlo compiutamente non solo perché detta le norme di ingresso per i lavoratori stranieri che vorranno accedere nel nostro Paese nel 2023 (pur disciplinando, formalmente, i flussi d'ingresso dei lavoratori residenti all'estero per l'anno 2022), ma anche perché, da una sua attenta lettura, si possono ricavare alcuni orientamenti di fondo dell'odierno legislatore nella regolazione delle migrazioni economiche.

L'analisi del d.p.c.m. verrà svolta congiuntamente alla circolare attuativa del 30 gennaio 2023, emanata dal Ministero dell'Interno, di concerto con quello del Lavoro e dell'Agricoltura (d'ora in poi, circolare interministeriale), che fornisce le modalità di rilascio dei nulla osta per lavoro subordinato, nonché alla nota operativa n. 17273 del 20 dicembre 2022 dell'ANPAL, che, invece, detta indicazioni di carattere operativo finalizzate al coordinamento delle procedure di cui all'art. 22 del Testo Unico dell'Immigrazione (d'ora in poi, TUI).

2. *La (ormai) tradizionale provvisorietà della determinazione dei flussi*

In continuità con le analoghe scelte dei precedenti esecutivi, anche il d.p.c.m. 29 dicembre 2022 è stato adottato in deroga alle previsioni di cui

* Assegnista di ricerca, Università di Firenze.

all'art. 3 TUI. Tale disposizione, come noto, stabilisce che la determinazione annuale delle quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato avvenga con d.p.c.m., sulla base dei criteri generali individuati nel documento programmatico triennale relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato, e che: «In caso di mancata pubblicazione del decreto di programmazione annuale, il Presidente del Consiglio dei ministri può provvedere in via transitoria, con proprio decreto»¹.

Ed invero, la transitorietà della regolamentazione dei flussi di ingresso, in assenza della programmazione delle politiche sull'immigrazione, costituisce ormai una costante, visto che l'ultimo documento programmatico triennale risale addirittura al triennio 2004-2006. Sicché appare confermato, anche in *subiecta* materia, il celebre aforisma di Prezzolini: «In Italia non c'è nulla di più definitivo del provvisorio e nulla di più provvisorio del definitivo».

Eppure, nonostante sia una prassi ormai consolidata, non ci si può esimere dal biasimarla. Infatti, nel già flebile dibattito pubblico sull'immigrazione in Italia, la mancata adozione dello strumento programmatorio definito dal TUI rappresenta sicuramente un'occasione persa, visto che, nelle intenzioni del Legislatore, dovrebbe costituire una sede privilegiata ove tracciare i criteri per la definizione dei flussi annuali da attuare, poi, con successivo decreto.

Peraltro, secondo il TUI, al percorso di formazione del documento dovrebbero contribuire organi di diritto pubblico, come il CNEL, la Conferenza Stato-Regioni e le commissioni parlamentari, ma anche gli enti e le associazioni nazionali maggiormente attivi nell'assistenza e nell'integrazione degli immigrati e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

Ebbene, proprio l'assenza di un percorso condiviso con chi ha davvero il "polso" dei fenomeni migratori e delle esigenze del mercato del lavoro, oltre che delle difficoltà di integrazione dei migranti, risulta piuttosto palese nel d.p.c.m. in commento, nel quale – come meglio si vedrà *infra* – si registrano diverse criticità che, invece, sarebbero state probabilmente evitate attraverso una concertazione con gli operatori del settore.

3. *Una panoramica sui numeri e i Paesi di provenienza*

Il numero di cittadini stranieri autorizzati all'ingresso in Italia per motivi di lavoro è stabilito dall'art. 1 del d.p.c.m. per un totale di 82.705, distinto in due quote: la prima, pari a 38.705, riguarda il lavoro subordinato non stagio-

¹ Art. 3, comma 4, TUI.

nale e il lavoro autonomo; la seconda, pari a 44.000, riguarda, invece, il lavoro subordinato stagionale nei settori agricolo e turistico-alberghiero.

Nell'ambito della prima quota di ingresso vengono ammessi 30.105 cittadini stranieri, provenienti da Paesi che hanno sottoscritto o stanno per sottoscrivere specifici accordi in materia migratoria. In particolare, sono ammessi: a) n. 24.105 lavoratori cittadini di Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Herzegovina, Corea, Costa d'Avorio, Egitto, El Salvador, Etiopia, Filippine, Gambia, Georgia, Ghana, Giappone, Guatemala, India, Kosovo, Mali, Marocco, Mauritius, Moldova, Montenegro, Niger, Nigeria, Pakistan, Perù, Repubblica di Macedonia del Nord, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Sudan, Tunisia, Ucraina; b) n. 6.000 lavoratori cittadini di Paesi con i quali nel corso dell'anno 2023 entrino in vigore accordi di cooperazione in materia migratoria.

Inoltre, sempre nell'ambito di tali quote, vengono riservati 1.000 ingressi a cittadini stranieri che abbiano completato programmi di formazione e istruzione nei Paesi d'origine, ai sensi dell'art. 23 TUI, 100 ingressi a lavoratori di origine italiana per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea retta di ascendenza, residenti in Venezuela, e 500 ingressi a particolari categorie "privilegiate" (imprenditori, liberi professionisti, titolari di cariche societarie, artisti di chiara fama o di alta qualificazione professionale, stranieri che intendono costituire start-up innovative). Inoltre, viene riconosciuta la possibilità di conversione in permessi di soggiorno per lavoro subordinato e autonomo a complessivi 7.000 cittadini stranieri attualmente presenti in Italia per lavoro stagionale, studio, tirocinio e/o formazione professionale e per titolari di permessi di soggiorno di lungo periodo rilasciati da altro Stato membro dell'Unione europea.

Con riferimento, invece, alla seconda quota, relativa agli ingressi per lavoro stagionale, il d.p.c.m. precisa che le 44.000 quote autorizzate sono riservate a cittadini dei paesi (già indicati) che hanno sottoscritto specifici accordi in materia migratoria, di cui 1.500 a coloro che già abbiano fatto ingresso in Italia per lavoro stagionale negli ultimi cinque anni e per i quali il datore di lavoro presenti una richiesta di nulla osta pluriennale per lavoro subordinato stagionale.

Va chiarito, infine, che, come di consueto, il Ministero del lavoro provvederà alla ripartizione territoriale delle quote per lavoro subordinato sulla base delle effettive domande che perverranno agli Sportelli Unici per l'immigrazione e del fabbisogno segnalato a livello territoriale; qualora vengano rilevate quote non utilizzate tra quelle previste nel decreto, il Ministero stesso potrà effettuare una diversa suddivisione sulla base delle effettive necessità riscontrate nel mercato del lavoro.

4. I settori produttivi interessati e il rilascio dei nulla osta

Il d.p.c.m. ammette gli ingressi in Italia per lavoro subordinato non stagionale e autonomo solo in alcuni settori produttivi: autotrasporto merci per conto terzi, edilizia, turistico-alberghiero, meccanica, telecomunicazioni, alimentare e cantieristica navale. Invece, gli ingressi per lavoro stagionale sono permessi nel settore agricolo ed in quello turistico-alberghiero.

A questo proposito, la circolare interministeriale opera ulteriori restrizioni, laddove precisa che, per il settore dell'autotrasporto merci per conto terzi, l'istanza di nulla osta per lavoro subordinato è ammessa unicamente in favore di lavoratori conducenti muniti di patenti professionali equivalenti alle patenti di categoria CE e che l'impresa che effettua trasporti, ai fini della presentazione della relativa istanza di nulla osta, deve essere iscritta al relativo Albo.

Ad un primo esame, balza immediatamente agli occhi l'assenza di flussi autorizzati sia nel settore agricolo per lavoro non stagionale, sia per il lavoro domestico.

Tali mancanze, che risultano di difficile comprensione essendo note le necessità occupazionali dei settori in questione e le elevate percentuali di lavoratori stranieri attualmente impiegati, possono forse spiegarsi con il provvedimento di regolarizzazione di cui all'art. 103 d.l. n. 34/2020, in relazione al quale, ad oggi, le Prefetture non hanno ancora interamente concluso la verifica delle istanze².

Non è da escludere, quindi, che il legislatore, ben consapevole che il “decreto flussi” altro non è che un procedimento per regolarizzare *di fatto*³ la posizione di migranti già presenti sul territorio nazionale, abbia deciso scientemente di escludere dal d.p.c.m. il settore domestico, per il quale sono state presentate ben 176.848 domande di sanatoria (pari all'85% del totale delle domande inviate)⁴.

Per quanto attiene, invece, al settore agricolo – anch'esso destinatario della regolarizzazione del 2020 – non si può non notare come siano ammessi

² La campagna “Ero straniero” denuncia che fino al 19 ottobre 2022 sono stati rilasciati solo 83.032 permessi di soggiorno, pari al 37,7% sul totale delle domande presentate.

³ Il termine “regolarizzazione di fatto” è stato utilizzato proprio per definire il meccanismo della richiesta di autorizzazione nominativa nell'ambito dei limiti numerici fissati dal decreto di programmazione dei flussi. Così, S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in <https://www.asgi.it/notizie/una-regolarizzazione-in-tempo-di-pandemia-la-lezione-del-passato/>.

⁴ Cfr. il *report* “Emersione dei rapporti di lavoro 2020” redatto dal Ministero dell'Interno, reperibile su https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf.

ingressi di cittadini stranieri solo per assunzioni con contratti di lavoro stagionale. Ebbene, tale scelta appare criticabile, se si considera l'ormai diffusa "de-stagionalizzazione" delle lavorazioni agricole, che vede sempre più i migranti impiegati per l'intero anno nel comparto. In tale settore, poi, con riferimento alle procedure per il rilascio del nulla osta, il decreto riproduce la sperimentazione, già attuata con il precedente d.p.c.m. del 21 dicembre 2021, della partecipazione delle organizzazioni professionali dei datori di lavoro agricoli, che consente di riservare alle loro istanze una quota di 22.000 ingressi per lavoro stagionale e stagionale pluriennale⁵.

Si ricordi, infine, che il già citato d.l. n. 73/2022, all'art. 44, comma 5, esonera le domande presentate da tali organizzazioni (in quanto abbiano sottoscritto con il Ministero del lavoro un apposito protocollo d'intesa con il quale si impegnano a garantire il rispetto, da parte dei propri associati, dei requisiti concernenti l'osservanza del contratto collettivo e la congruità delle richieste presentate) dalle verifiche di congruità e dalle relative asseverazioni⁶, che invece, per gli altri settori produttivi, sono ora rimesse in via esclusiva ai professionisti di cui all'art. 1 della l. n. 12/1979⁷ e alle organizzazioni datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato.

5. *La verifica dell'indisponibilità dei lavoratori presenti sul territorio nazionale*

La principale novità del decreto in esame è sicuramente costituita dalla previsione di un'apposita procedura per la verifica dell'indisponibilità di lavoratori presenti sul territorio nazionale, che deve necessariamente precedere il rilascio del nulla osta all'ingresso dello straniero, come già disposto dal TUI.

⁵ La circolare interministeriale precisa che le predette istanze saranno valutate in ordine cronologico di arrivo e ricorda che le associazioni datoriali non si limiteranno all'inoltro delle istanze, ma potranno procedere, per conto del datore di lavoro, alla trasmissione dell'eventuale documentazione richiesta dallo Sportello Unico per l'Immigrazione (d'ora in poi, SUI) ad integrazione di quanto dichiarato e, con apposita delega del datore di lavoro, anche alla successiva stipula del contratto di soggiorno.

⁶ Per un commento critico di tale disposizione, sia consentito rinviare a C. DE MARTINO, *Il d.l. 73/2022 sul rilascio del nulla osta al lavoro: un'opportunità non priva di rischi*, in G. DEL TURCO, C. MILANO, M. SAVINO, M. TUOZZO, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario Adim 2022*, Napoli, 2023, pp. 414-422.

⁷ A questo riguardo, la circolare interministeriale precisa che, sulle richieste di conversione, rimane inalterata la competenza dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro relativamente alle verifiche di cui all'art. 30-bis del D.P.R. n. 394/1999, con emanazione del parere di competenza.

Infatti, ai sensi dell'art. 22 TUI, la possibilità di attingere dalle quote è subordinata alla «previa verifica, presso il Centro per l'impiego competente, della indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale, idoneamente documentata». *Ab origine* (ai sensi dell'art. 18, l. n. 189/2002 come attuato dall'art. 30-*quinquies* del regolamento di attuazione del TUI) si prevedeva una farraginosa procedura amministrativa per la verifica dell'assenza di lavoratori disponibili sul territorio nazionale, all'esito della quale il Centro per l'impiego doveva trasmettere una certificazione (positiva o negativa) al SUI. Tale procedura è stata abrogata nel 2013 (*ex art. 9, co. 7, lett. a, d.l. 28 giugno 2013, n. 76*) e sostituita da una mera dichiarazione del datore di lavoro, volta a dimostrare l'indisponibilità di manodopera già presente sul territorio nazionale; non è stato, invece, modificato l'art. 30-*quinquies* del regolamento di attuazione del TUI che, tuttavia, essendo precedente alla novella del 2013, è stato giudicato sostanzialmente inapplicabile⁸.

Con il decreto flussi, all'art. 9, l'attuale Esecutivo, *prima facie*, sembrerebbe proporsi l'obiettivo di semplificare la procedura. In particolare, si attribuisce al datore di lavoro la possibilità di autocertificare l'indisponibilità di manodopera già presente in Italia, che può derivare, alternativamente, dalla: a) assenza di riscontro, da parte del Centro per l'impiego, circa l'individuazione di uno o più lavoratori rispondenti alle caratteristiche richieste, decorsi quindici giorni lavorativi dalla richiesta di personale da parte del datore di lavoro; b) non idoneità del lavoratore accertata dal datore di lavoro prima della richiesta di nulla osta, all'esito dell'attività di selezione del personale inviato dal Centro per l'impiego; c) mancata presentazione, senza giustificato motivo, a seguito di convocazione dei lavoratori inviati dal Centro per l'impiego al colloquio di selezione, decorsi almeno venti giorni lavorativi dalla data della richiesta di personale da parte del datore di lavoro al Centro per l'impiego.

In realtà, vi è comunque una complessa procedura da espletare. Infatti, la circolare interministeriale precisa che il datore di lavoro – prima di richiedere il nulla osta al SUI – è tenuto ad inviare una richiesta all'ANPAL, redatta su un apposito modello, per la verifica della indisponibilità di lavoratori già presenti sul territorio nazionale, fermo restando che tale procedura non è richiesta per i lavoratori stagionali e per coloro che hanno frequentato e completato i per-

⁸ Non a caso la dottrina ne ha invocato la modifica e ha evidenziato che l'aporia di una norma di attuazione non aggiornata sia emblematica dell'approssimazione con la quale si interviene in tema di regolazione dei fenomeni migratori. Cfr. M. MC BRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, 2017, p. 119.

corsi di formazione all'estero, di cui all'articolo 23 TUI (i quali detengono un diritto di prelazione ai fini dell'ingresso in Italia).

A sua volta, inoltre, la nota operativa dell'ANPAL n. 17273 del 20 dicembre 2022 chiarisce che «anche ai fini dell'attivazione dei beneficiari di prestazioni di sostegno al reddito che prevedono la cd. condizionalità» (*id est* NASPI e reddito di cittadinanza), la domanda del datore di lavoro deve presentare gli elementi identificativi di un'offerta di lavoro congrua⁹, ossia: a) la qualifica da ricoprire e le mansioni; b) i requisiti richiesti; c) il luogo e l'orario di lavoro; d) la tipologia contrattuale; e) la durata del contratto di lavoro; f) la retribuzione prevista o i riferimenti al CCNL applicato.

Inoltre – chiarisce ancora la nota ANPAL – qualora entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta di personale, il Centro per l'impiego non abbia rinvenuto lavoratori rispondenti alle caratteristiche fornite dal datore di lavoro, deve comunque rilasciare l'attestazione di indisponibilità.

Nel caso in cui, invece, entro lo stesso termine, siano individuati uno o più lavoratori rispondenti alle caratteristiche richieste, il Centro per l'impiego deve inviare i nominativi al datore di lavoro, perché proceda alla selezione del personale. Qualora tale selezione abbia esito negativo, il datore di lavoro è tenuto a comunicarlo, indicando le motivazioni, al Centro per l'impiego; tale comunicazione è anche funzionale alle esigenze dello stesso Centro per l'impiego, qualora i lavoratori non si siano presentati alla selezione, per valutare il rispetto del cd. meccanismo della condizionalità.

Infine, al fine di conferire celerità e certezza alla procedura, è previsto che, in assenza di comunicazioni da parte del Centro per l'impiego nel termine di quindici giorni lavorativi, il datore di lavoro possa comunque avviare *l'iter* presso il SUI: in tal caso, infatti, la verifica di indisponibilità si considererà espletata per silenzio-assenso.

Ebbene, appare evidente come l'attuale Governo, in sede di normazione secondaria, abbia realizzato, nei fatti, una complicazione procedurale che finisce per rinnegare quella logica semplificatoria adottata nel 2013, novellando il TUI.

Sembra tornare, infatti, un tortuoso *iter* procedurale a cui il datore di lavoro è tenuto ad affidarsi per ottenere il nulla osta all'assunzione di un lavoratore straniero, che comunque potrebbe terminare anche con un nulla di fatto, non essendoci alcun obbligo per il datore di lavoro di assumere cittadini già

⁹ Tali elementi sono previsti dal decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 10 aprile 2018, in attuazione dell'art. 25, co. 1, del d.lgs. n. 150 del 2015.

presenti sul territorio nazionale¹⁰, né essendo certo che, nei quindici giorni concessi (termine che va comunque rispettato), il Centro per l'impiego riesca ad effettuare le verifiche richieste.

Si tratta, in tutta evidenza, dell'ennesima "norma bandiera" in materia di immigrazione, perfettamente in linea con l'orientamento politico-ideologico del nuovo Esecutivo. Tale impostazione, tuttavia, pare scontrarsi, per un verso, con la circostanza che il rapporto di lavoro è intimamente connotato dall'*intuitu personae*, che rende infungibili tra loro le persone che il datore intende assumere, e, per altro verso, con l'applicazione pratica del meccanismo dei flussi disegnato dal TUI. Come già accennato, infatti, il sistema delle quote viene comunemente utilizzato per regolarizzare la posizione contrattuale e di *status* di lavoratori stranieri già presenti in Italia, e quindi già ben noti ai datori di lavoro, e non per consentire l'accesso di migranti realmente residenti all'estero.

In definitiva, può osservarsi come il meccanismo congegnato dal d.p.c.m. rischi, paradossalmente, di avere come unico effetto quello di risolversi nell'ennesimo onere burocratico a carico dei datori di lavoro che intendono assumere un lavoratore extracomunitario e, con riferimento ai lavoratori già regolarmente presenti sul territorio italiani, di accentuare ulteriormente il funzionamento della condizionalità nel godimento di alcuni trattamenti previdenziali e assistenziali, atteso che, qualora non dovessero fornire la propria disponibilità al lavoro, potrebbero incorrere nelle sanzioni di cui all'art. 21, d.lgs. n. 150/2021¹¹.

¹⁰ Infatti, in dottrina c'è chi ha parlato di "ipocrisia" del legislatore che non prevede alcuna sanzione per il datore di lavoro che preferisca non assumere il lavoratore già presente in Italia. Così, F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino, 2020, pp. 70-86.

¹¹ Le sanzioni previste vanno dalla decurtazione della retribuzione, in caso di mancata presentazione agli appuntamenti ed alle iniziative formative, sino alla decadenza dalla prestazione, in caso di mancata accettazione, in assenza di giustificato motivo, di un'offerta di lavoro congrua.

LA DIFFICILE INTEGRAZIONE

PERSPECTIVE ON “SECOND GENERATIONS” IN TODAY’S ITALY: TO BE OR NOT TO BE A CITIZEN?

Barbara Giovanna Bello*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The current legal landscape. – 3. A more inclusive idea of citizenship. – 4. Concluding remarks.

1. *Introduction*

The “second generation” is a heuristic category introduced in sociological studies to investigate the intergenerational adaptation of the children of first-generation migrants in the United States. Subsequently transposed into the multidisciplinary field of Migration Studies, this category is increasingly under critical scrutiny even within this disciplinary area, in at least two respects: the risk of overlooking the heterogeneity of the children/young people it covers¹; and the need to extend it to include both children born to migrant families in a destination country and those who arrive there before the age of eighteen. With regard to the latter, for the purpose of empirical research, some studies distinguish between second generation “in the strict sense”, with regard to the children of migrants born in the country of arrival, and “in the broad sense”, in the case of children who arrived before the age of 18².

In the Italian legal-philosophical field, there is an increasing interest in taking up the broad notion of “second generations”³ and in reframing the discourse on them in terms of citizenship rather than migration⁴.

Locating “second generations” within the framework of citizenship means questioning the “migrant/citizen” dichotomy based on the “mobile/stable” as-

* Researcher of Philosophy of Law, Tuscia University.

¹ For the purposes of this contribution, children are defined as being under the age of eighteen, in accordance with the *UN Convention on the Rights of the Child* of 1989, while young people are defined as being aged eighteen or over.

² ISTAT, *Identità e percorsi di integrazione delle seconde generazioni in Italia*, Roma, 2020, p. 11.

³ B. ROSSI, *Minori stranieri non accompagnati: un “sottoinsieme” delle “seconde generazioni”?*, in TH. CASADEI, L. PIERINI, B. ROSSI (a cura di), *Sconfinamenti. Confronti, analisi, ricerche sulle “seconde generazioni”* Torino, 2023, pp. 117-133.

⁴ L. PIERINI, *Minori con background migratorio in Italia: l’inclusione educativa come strumento di cittadinanza*, in *Democrazia e diritto*, n. 1, 2023, pp. 73-89.

sumption⁵, which does not help when it comes to second generations. In fact, many of them have never experienced or cannot remember crossing borders in their early childhood; even if they do cross geographical borders later, they grow up in the country of destination. In both cases, their secondary socialisation (i.e. through interaction with agents outside the family, such as friends and teachers) takes place in the country of arrival at an early stage of life. Consequently, they tend to develop a sense of belonging to the host society through everyday relationships and aspire to become fully-fledged members of it.

This view embraces a more inclusive understanding of citizenship for children and youth with a migration background, which appears to be reflected in the proposed Bill no. 255 on *Amendments to Law No. 91 of 5 February 1992 concerning new provisions on citizenship*⁶, assigned to the Constitutional Committee of the Chamber of Deputies on 16 January 2023.

Against this backdrop, after a brief description of the current legislation on access to Italian citizenship for children/young people with a migration background, this contribution aims to trace the more inclusive idea of citizenship emerging in Bill no. 255.

2. *The current legal landscape*

Notwithstanding the fact that Italian society is now characterised by the structural component of young people with a migration background, born and/or raised in Italy⁷, the division between “second generations” and their Italian counterparts is still preserved by Law no. 91/92 on *New provisions on citizenship*, which is based, with few exceptions, on the *ius sanguinis* principle. As it is well known, it is precisely for this reason that Art. 4, paragraph 2, – a key provision in this respect – imposes strict conditions on the acquisition of

⁵ E. RIGO, *Soggetti e spazi in trasformazione: appunti per una Critical Migration Theory*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, pp. 133-149.

⁶ More information on the procedure are available at: <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=255&sede=&tipo=>.

⁷ According to the data available (1 January 2018), there are 1,316,000 second-generation minors in Italy, including foreigners or Italians by acquisition, representing 13% of the underage population. 75% of them were born in Italy (991,000; second generation “in the strict sense”), ISTAT, *Identità e percorsi di integrazione delle seconde generazioni in Italia*, cit., p. 11. Data on unaccompanied minors are updated twice a year by the Italian Ministry of Labour and Social Policies and are available at: <https://analytics.lavoro.gov.it/t/PublicSIM/views/IMSNAchehannofattoingressoinItalianelcorsodelmesediriferimento/IMSNAchehannofattoingressoinItalianelcorsodelmesediriferimento?%3Aembed=y&%3Aiid=18&%3AisGuestRedirectFromVizportal=y>.

Italian nationality by foreign children born in Italy, unless Art. 1(1)(b) and (2) apply: *uninterrupted legal residence* until they reach the age of majority; once they turn eighteen, they must declare their intention to acquire Italian citizenship *within one year of reaching the age of majority*.

Art. 33 of Decree-Law no. 69/2013 (converted with amendments by Law no. 98 of 9 August 2013) partially remedied the lack of awareness of this strict time limit for declaring the will to *be(come)* an Italian citizen and the possible *inertia* of families and/or local administrations, by simplifying the procedure for acquiring citizenship for this target group in two ways. With regard to the age limit, civil registrars are obliged to inform young people of their right to acquire Italian citizenship in the six months preceding their eighteenth birthday. In the absence of this information, which promotes knowledge of the law and therefore its effectiveness (here understood in its socio-legal meaning), the declaration can be made after the age of nineteen. Concerning adults’ *inertia*, in the event of omissions attributable to their parents or to the public administration, young people may prove their uninterrupted legal residence by means of any appropriate document, in order to prevent them from suffering a serious restriction of their fundamental rights. Significantly, in June 2023, the Tribunal of Rome⁸, following the settled case-law, reaffirmed that the concept of residence under Art. 43 of the Civil Code should be understood as habitual abode, a *res facti*, which may be proved by any means if it does not coincide with the results of the civil register. Furthermore, it clarifies that “the right to a valid residence permit at the time of the application for citizenship by election shall not be considered as a constitutive and indispensable element for the granting of the *status civitatis*”, in accordance with art. 33 of Decree-Law no. 69/2013.

These measures certainly help the “second generations” of children born in Italy to find their way through the legal and bureaucratic labyrinth that prevents them from acquiring citizenship before the age of eighteen (and even after). Moreover, the aforementioned provisions exclude those who have arrived in the country as minors (with or without their families), as their participation in school, training courses, traineeships or other activities bears no relevance. In any case, they spend their childhood and adolescence as “foreigners”, unless one of their parents obtains Italian citizenship and they live together. Moreover, due to the length of the naturalization procedure, which often exceeds the legal time-limit of maximum 3 years, young people turning eighteen are caught in a limbo for years before they (legally) belong to the country and can exercise the full range of rights and duties accorded to citizens.

⁸ Trib. Rome, Judgement of 6 June 2023, no. 14062.

At the time of writing, four new proposals concerning amendments to Law No. 91/92 have been tabled, namely the aforementioned Bill no. 255, which will be analysed below; Bill no. 314⁹, on the initiative of Matteo Orfini; Bill no. 20¹⁰ (submitted by Simona Malpezzi *et al.*) and Bill no. 70¹¹ (submitted by Francesco Verducci *et al.*). None of these proposals have been scheduled for discussion so far and it seems unlikely to happen in the near future, despite a number of social actors¹² are calling on political representatives to take action.

De jure condendo, Bill no. 255 is worth analysing as it affords an opportunity to dwell on possible ways of conceiving and realizing a more inclusive idea of citizenship for children/ young people with a migration background, and on some tensions with the current understanding of citizenship in Italy.

3. *A more inclusive idea of citizenship*

The “new” idea of citizenship suggested by Bill no. 255 marks a departure from the traditional Italian view of the recognition of this legal *status* as a “reward” for well-integrated migrants. Rather, it embraces the notion of citizenship as an “incentive” for the process of integration. It also moves away from the “organic model”, evolving from an almost deterministic membership of the community on the basis of blood and descent.

These shifts are reflected in the main changes to Law 91/92 that directly affect children/young people’s access to citizenship and will be analysed in the following. Firstly, the Bill proposes multiple ways of acquiring Italian citizenship for minors present on the territory; secondly, it simplifies requirements and procedures, expressed in different formulas of the *ius soli* and *ius culturae* principles; thirdly, it requires a short period of residence in the country of the applicant’s migrant parents; fourthly, it allows the access to this legal *status* under the age of eighteen; lastly, it does not request the successful completion of primary education in the case of *ius culturae*.

Among the various ways of facilitating the access to citizenship, children born in Italy shall be citizens if one of the parents had a residence permit «for at least one year at the time of the birth» (art. 1 of the Bill no. 255). The short

⁹ See at: <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=314&sede=&tipo=>

¹⁰ See at: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/55196.htm>.

¹¹ See at: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/55235.htm>.

¹² RETE NAZIONALE PER IL CONTRASTO AI DISCORSI E AI FENOMENI D’ODIO, *Riforma della legge sulla cittadinanza: il Parlamento riconosca i diritti delle persone italiane di fatto, ma ancora discriminate per legge*, 5 February 2023, <https://www.retecontrolodio.org/2023/02/05/riforma-legge-cittadinanza/>.

duration of the residence permit would have a significant impact on the most vulnerable children whose parents lack a residence permit of greater duration.

This proposal may raise objections based on concerns about new pull factors for migration, welfare burdens and the idea that a longer period of legal residence is an indicator of a sufficiently stable relationship between the migrant family and Italian society.

Regarding the former two concerns, empirical studies show that prospective migrants tend to prioritise democratic governance and education or employment opportunities, followed by the availability of social services¹³. In its analysis of the financial impact of the proposal discussed during the XVIII legislature, the Parliamentary Budget Office¹⁴ in 2022 highlighted that previous measures (laws and proposals) regulating the acquisition of Italian citizenship have a negligible impact on the public accounts. Also the impact on welfare would be minimal, as the enjoyment of social and welfare benefits is largely linked to the residence permit to stay in Italy.

As regards to the contention relating to duration of legal residence, there is a strong argument to suggest that a longer period ensures closer ties to State and society. However, advocates for the rights of migrants¹⁵ have criticised children’s access to citizenship being dependent on their parents’ length of legal residence. They have particularly objected to the criterion of a regular permit of at least five years¹⁶ and, even more so, the EU long-term residence permit¹⁷, contained in past bills¹⁸, as well as in Bills no. 314 and no. 70. More

¹³ J. FERWERDA, J. GEST, *Pull Factors and Migration Preferences: Evidence from the Middle East and North Africa*, in *International Migration Review*, n. 55 (2), 2021, pp. 431-459.

¹⁴ CAMERA DEI DEPUTATI, *Analysis of the financial impact. A.C. 105 and abb.-A Amendments to Law No. 91 of 5 February 1992 containing new rules on citizenship*, https://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/AF105A.htm?_1679894326027.

¹⁵ ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *La riforma della cittadinanza approvata alla Camera: un importante passo avanti, ma il testo va migliorato*, 23 October 2015, <https://www.asgi.it/notizie/cittadinanza-italiana-lasgi-fa-il-punto-sulla-riforma-della-legge/>.

¹⁶ ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Un’altra idea di cittadinanza. Note sulla riforma della disciplina della cittadinanza Un contributo dell’Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione*, 12 April 2022, <https://www.asgi.it/approfondimenti-speciali/unaltra-idea-di-cittadinanza/>.

¹⁷ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Directive 2003/109/EC concerning the status of third-country nationals who are long-term residents*, 25 November 2003, OJ L 16, 23.1.2004, p. 44-53; *Legislative Decree no. 286 Consolidated text of the provisions regulating immigration and the status of foreigners*, 25 July 1998, OJ no. 191 of 18 August 1998 - Ordinary supplement no. 139)

¹⁸ On past initiatives, see: https://www.camera.it/leg17/465?tema=integrazione_cittadinanza.

specifically, the requirement of a long-term EU residence permit would make access to citizenship for children born in Italy dependent on the economic capacity of their families to meet the strict income and/or housing conditions for obtaining such permit.

Bill no. 255 also proposes the unconditional application of the principle of *ius soli* to children born in Italy to a non-Italian parent who was born in Italy. This provision would help to regularise the legal situation of the descendants of the “second generations” who are currently struggling to obtain citizenship. Since this situation should in itself denote a strong link with the territory, this change in the law may be less opposed.

Furthermore, according to Bill no. 255, Art. 4, paragraph 2, of Law 91/92 should be amended to allow children who have arrived in the country before the age of ten, the possibility to acquire citizenship, even if they were born abroad.

In the same way as those born in Italy, they must have resided legally in the country until they reach the age of majority and can declare their willingness to acquire Italian citizenship within two years of reaching that age, regardless of the schooling criteria.

This would help those who arrived in Italy under the age of ten and who do not meet the criteria for citizenship on the basis of the *ius culturae* (or *ius scholae*) principle to obtain it, as ASGI recommended in the past¹⁹.

As for the principle of *ius culturae*, regardless of the *status* of the parents, citizenship would be acquired by anyone – born in Italy or arriving in Italy – who has followed the education or training process described in Art. 2-*bis* of the Bill, without the requirement of a minimum period of attendance or successful completion in the case of primary education.

The latter requirement, in relation to children born in Italy or who arrived before the age of twelve, was included in the text discussed in June 2022 and still appears in other bills currently presented, while Bill no. 70 also requires the successful completion of a school cycle in Italy for those who arrived before the age of eighteen. Making the recognition of citizenship dependent on a meritocratic criterion may have the effect of excluding the most vulnerable children, taking into account the much-discussed structural shortcomings of the Italian school system and the concrete support that children may receive from their families at school.

As for the procedural aspects, up to the age of eighteen, citizenship is acquired through a declaration made by a parent or a person with parental

¹⁹ ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Un’altra idea di cittadinanza*, cit.

responsibility to the civil registrar of the child’s place of residence. Within one year of reaching the age of majority (in the case of acquisition under the *ius soli* principle) and within two years (in the case of acquisition under the *ius culturae* principle), young people may renounce Italian citizenship if they hold another citizenship. In the absence of a declaration of will by the parents or the persons exercising parental responsibility, at the age of eighteen they acquire citizenship without further conditions if they request it (in the case of *ius soli*) or if they declare their intention to acquire Italian citizenship (in the case of *ius culturae*), within two years of reaching the age of majority (in both cases).

It is foreseeable that these provisions may encounter the same reluctance as in the past, articulated around the children’s lack of awareness of *becoming* Italian citizens through an act that necessarily cannot be carried out in the first person until they reach the age of eighteen.

Lastly and on different note, this bill, like Acts no. 314 and no. 70, proposes to allow foreign parents who have acquired Italian citizenship to transfer it to their children, provided that they have not lost parental responsibility over them, and on condition that the children reside in the country (but irrespective of actual cohabitation).

4. *Concluding remarks*

If adopted, the ambitious bill examined above would represent a turning point for many children and young people born and/or raised in Italy, including a certain percentage of unaccompanied foreign minors²⁰. On the one hand, it would reduce the risk of differentiating children’s access to citizenship on the basis of their parents’ legal *status*. On the other hand, it would allow children who would not meet the criteria of the *ius scholae* to acquire it.

Even if provisions based on citizenship as an “incentive” for the process of integration of young people can help them to *be(come)* members of Italian society with their own perspectives and plans, such a law should be supported by policy measures that effectively enable the socialisation of these new citizens in school and out-of-school settings.

A number of good practices carried out within the civil society²¹ in recent

²⁰ A diachronic reading of the available data shows that unaccompanied minors who arrive in Italy as adolescents represent an increasingly higher percentage than those who arrive earlier: see <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/pagine/dati-minori-stranieri-non-accompagnati>.

²¹ Rete G2, <https://www.secondogenerazioni.it/>; WelcHome project for Unaccompanied Foreign Minors and asylum-seeking minors in the Modena area, <http://www.welchomemodena>.

years are proving useful in promoting and/or reinforcing the active participation and social inclusion of the second generation (in the broad sense), thus encouraging “citizenship practices”. On the basis of these initiatives, strengthening cooperation between the State and the intermediate space of civil society should be a major policy concern, as it can increase the opportunities for second generations to share a common project of citizenship and to exercise their rights and duties.

SULL'ISCRIZIONE ANAGRAFICA E SULLA REGISTRAZIONE DEI DATI DI STATO CIVILE DEI FAMILIARI DEL PROTETTO INTERNAZIONALE

Paolo Morozzo della Rocca*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Le facilitazioni disciplinari in materia di documentazione per i protetti internazionali. – 3. Un'interessante pronuncia in materia di cittadinanza. – 4. A valle l'ufficiale di anagrafe, a monte il Ministero dell'Interno.

1. *Il problema*

Parliamo di cittadini di paesi non appartenenti all'Unione Europea che sono dovuti fuggire in Italia per sottrarsi a gravi persecuzioni o al pericolo di essere uccisi in una situazione di conflitto diffuso o di subire trattamenti inumani o degradanti.

La loro condizione spesso non gli consente di rivolgersi alle proprie autorità nazionali per farsi rilasciare documenti autentici o copie conformi di atti dello stato civile, dato che la loro relazione con tali autorità di solito è conflittuale e in alcuni casi una richiesta azzardata potrebbe mettere a rischio la loro vita o quella di persone care.

Il rischio che essi corrono (dopo essere stati riconosciuti come titolari di protezione internazionale assieme ai loro familiari o da questi ultimi finalmente raggiunti) è quello di vivere un'integrazione diminuita a causa del mancato riconoscimento di diritti spettanti agli altri residenti nelle medesime loro condizioni¹. È questo, ad esempio, il caso del mancato riconoscimento degli assegni familiari derivante dall'illegittimo rifiuto di registrare all'anagrafe lo status di familiare in mancanza degli atti originali di stato civile².

In realtà l'ufficiale di anagrafe cui venga chiesta l'iscrizione della famiglia anagrafica con l'indicazione del legame di parentela – pur con le cautele che a breve si indicheranno – non dovrebbe pretendere che tale legame sia neces-

* Professoressa ordinaria di Diritto privato, Università per Stranieri di Perugia.

¹ Rischio sottolineato da G. GRATTAROLA, *Il diritto alla residenza anagrafica dopo il decreto-legge n. 130/2020*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 1075.

² Rifiuto frequente, anche a causa della mancanza di consapevolezza del problema da parte degli ufficiali di anagrafe. Esempio in tal senso la risposta al quesito n. 691179 del 18 dicembre 2021, in www.sepel.it.

sariamente attestato da documentazione autentica rilasciata dalle autorità nazionali del protetto internazionale, siano esse quelle consolari o invece quelle situate nel Paese di origine.

2. *Le facilitazioni disciplinari in materia di documentazione per i protetti internazionali*

Vero è, infatti, che, in base alla regola generale del diritto anagrafico (art. 14, comma 1, d.P.R. n. 223/1989) «(...) Se il trasferimento (dall'estero) concerne anche la famiglia (il dichiarante) deve esibire inoltre atti autentici che ne dimostrino la composizione, rilasciati dalle competenti autorità dello Stato di provenienza»³.

La regola generale non può tuttavia valere nella particolare situazione del protetto internazionale per il quale l'onere di esibizione posto dalla norma costituisca una prestazione impossibile oppure inesigibile (perché comportante il rischio della perdita della vita, della libertà o della sicurezza propria o di persone care).

Tale eccezione è imposta certamente dai principi generali del nostro ordinamento giuridico⁴, ma è anche avvalorata da alcuni più puntuali indici normativi, benché questi avrebbero senz'altro bisogno di linee interpretative che autorevolmente ne chiariscano la portata agli operatori.

Tra le fonti del diritto internazionale rilevanti ai nostri fini v'è certamente l'art. 25 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati, a termini del quale «allorquando l'esercizio di un diritto da parte di un rifugiato richiederebbe normalmente il concorso di autorità straniere, alle quali non può ricorrere, gli Stati contraenti sul cui territorio risiede faranno in modo che questo concorso gli sia fornito dalle loro stesse autorità o da una autorità internazionale»⁵.

Dette autorità «concederanno o faranno concedere – sotto il loro controllo – ai rifugiati quei documenti o certificati che normalmente sarebbero concessi agli stranieri dalle loro autorità nazionali o tramite que-

³ Per approfondire, cfr. L. PALMIERI e R. MINARDI, *Gli stranieri e l'anagrafe*, Santarcangelo di Romagna, 2017, passim.

⁴ Per una recente applicazione in materia di immigrazione cfr. Cass. Pen., sentenza del 20 settembre 2022, n. 38819, che ha ritenuto inesigibile l'osservanza dell'ordine di allontanamento rimasto ineseguito dalla donna in gravidanza.

⁵ Sulle ricadute anagrafiche e di stato civile della norma cfr. R. MINARDI, *Rifugiati politici, richiedenti asilo e simili: il riconoscimento degli status personali a fini anagrafici*, in *Lo stato civile italiano*, Focus n. 3, del 11 febbraio 2010.

ste⁶. I documenti o i certificati rilasciati in questo modo sostituiranno gli atti ufficiali concessi agli stranieri dalle loro autorità nazionali o tramite queste e faranno fede fino a prova contraria».

L'obbligo posto agli Stati firmatari della Convenzione riguarda formalmente solo i rifugiati per l'unico motivo che all'epoca questa era la sola qualifica di protezione internazionale riconoscibile, cui solo successivamente si è aggiunta, nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, l'eleggibilità del richiedente asilo alla diversa qualifica di «titolare della protezione sussidiaria».

Si noti al riguardo che la cosiddetta Direttiva Qualifiche (2011/95/UE del 13 dicembre 2011) non affronta esplicitamente, né riguardo ai rifugiati né rispetto ai titolari di protezione sussidiaria, il problema della documentazione relativa ai fatti di stato civile, mentre pone a vantaggio di entrambi una clausola di doverosa facilitazione nella valorizzazione di titoli, qualifiche e competenze professionali.

Questa singolare lacuna disciplinare non impedisce tuttavia di ritenere che la medesima equiparazione operata tra i rifugiati e i titolari di protezione sussidiaria in materia di qualifiche e competenze valga anche riguardo alla certificazione degli status personali e familiari, a fronte di un principio generale, ribadito anche all'art. 20, par. 2, della Direttiva, ove è scritto che le disposizioni del capo relativo al contenuto della protezione internazionale «si applicano sia ai rifugiati sia alle persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, ove non diversamente indicato».

Ma è soprattutto dal diritto interno (e dalle prassi interpretative dell'Amministrazione) che provengono più precise indicazioni all'operatore e in particolare all'ufficiale di anagrafe.

Deve essere richiamato al riguardo l'art. 14, comma 1, d.P.R. n. 223/1989 (regolamento anagrafico) a termini del quale chi trasferisca la residenza dall'estero deve comprovare all'atto della dichiarazione anagrafica «la propria identità mediante l'esibizione del passaporto o di altro documento equipollente. Se il trasferimento concerne anche la famiglia, deve esibire inoltre atti autentici che ne dimostrino la composizione, rilasciati dalle competenti autorità dello Stato di provenienza se straniero o apolide, o dalle autorità consolari se cittadino italiano».

Come è noto, il legislatore ha però escluso i richiedenti asilo dall'onere di esibizione del passaporto, consentendo loro l'iscrizione anagrafica mediante

⁶ Sulla claudicante attuazione di questi obblighi, in materia di stato civile, cfr. M. BENVENUTI, *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, Napoli, 2011, spec. 244 ss.

il solo possesso del permesso di soggiorno, anche provvisorio (artt. 5 e 5-*bis*, d.lgs. n. 142/2015).

Sarebbe pertanto contraddittorio che quel medesimo art. 14, comma 1, trovasse invece un'indiscriminata applicazione nella sua seconda parte, così palesemente irragionevole se volta a richiedere anche ai protetti internazionali e ai loro familiari l'esibizione degli atti autentici di stato civile malgrado l'impossibilità di forza maggiore per essi di ottemperarvi⁷.

Né tale irragionevolezza potrebbe dirsi evitata ove si ritenesse che la norma, pur non applicandosi ai rifugiati, debba però essere ottemperata dai titolari di protezione sussidiaria, ai quali pure l'onere ivi previsto può risultare oggettivamente impossibile, oppure inesigibile perché fonte di possibile pericolo per i soggetti onerati.

In effetti per entrambe le qualifiche di rifugiato e di protetto in via sussidiaria già in passato la Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo (in particolare con la nota 24 aprile 2009, n. 1409/CS) ha affermato che, relativamente alle generalità dei richiedenti e a quelle dei loro figli «la certificazione della Commissione che ha riconosciuto lo status agli interessati, unitamente ai relativi permessi di soggiorno rilasciati dalla Questura di residenza, possono sostituire a tutti gli effetti la documentazione che non può essere richiesta alle Autorità del loro Paese».

3. *Un'interessante pronuncia in materia di cittadinanza*

Altre conferme riguardo a quale sia la corretta interpretazione dell'art. 14, comma 1, d.P.R. n. 223/1989 (tale da escluderne i familiari del protetto internazionale per i quali sia inesigibile l'esibizione di certificazione autentica) provengono dalla giurisprudenza.

In particolare, sembra offrire spunti interessanti una pronuncia con cui è stato annullato il provvedimento di inammissibilità della domanda di acquisto della cittadinanza presentata da un titolare di protezione sussidiaria in ragione solamente della mancanza degli originali degli atti di stato civile (nel caso di specie: l'atto di nascita e il certificato penale) rilasciabili dalle autorità del paese di origine⁸.

Il giudice amministrativo ha ritenuto che anche ai beneficiari di protezione sussidiaria vada estesa la possibilità – espressamente riconosciuta ai rifugiati dalla circolare K. 60.1 del 23 dicembre 1994 – di presentare un'autodichiarazione

⁷ Così anche R. MINARDI, *Rifugiati politici*, op.loc.cit.

⁸ TAR Veneto, sez. III, sentenza del 15 settembre 2021, n. 1097.

zione (ferma restando l'opportunità, ove possibile, di accertamenti sulla veridicità dei fatti di stato civile dichiarati), dato che la protezione sussidiaria condivide con il rifugio l'elemento del grave pericolo che il soggetto correrebbe se fosse costretto a rientrare nel Paese di origine o anche solo a entrare in contatto con le autorità consolari.

Va peraltro rammentato, a questo riguardo, che ai sensi degli artt. 9 e 15 del d.lgs. n. 251/2007 (come riformulati dal d.l. n. 113/2018), il rientro nel Paese di origine, ove non giustificato da gravi e comprovati motivi, può essere causa di cessazione dello status di protetto internazionale. E sarebbe davvero paradossale che il grave e comprovato motivo posto a giustificazione di un rientro in sé pericoloso sia costituito da un onere burocratico imposto dallo Stato italiano al protetto.

Tanto ai rifugiati che ai protetti internazionali deve quindi essere riconosciuta, secondo il giudice amministrativo, «la possibilità di sostituire la certificazione proveniente dal paese di origine con un atto notorio».

Vero è che, mentre per i rifugiati l'impossibilità di rivolgersi alle autorità del proprio paese è da intendersi in re ipsa, per i titolari di protezione sussidiaria detta impossibilità, per quanto probabile, non è scontata. Ma, a meno di non volere sacrificare con una regola operativa squilibrata uno dei due confliggenti interessi implicati dalla fattispecie (il diritto alla vita familiare da un lato, l'interesse d'ordine pubblico alla verificabilità delle dichiarazioni di status dall'altro), occorre individuare qualche elemento di valutazione che possa almeno fare presumere l'impossibilità per l'interessato di rivolgersi alle proprie autorità di stato civile.

Ebbene, un primo, possibile, elemento di presunzione può ben essere costituito, a mio parere, dall'ottenimento, o almeno dalla richiesta alla questura competente, del documento di viaggio per protetti internazionali, o, infine, dall'avvenuto deposito del ricorso al giudice civile per il suo ottenimento in via giudiziale.

L'impossibilità – dimostrata o presunta – di rivolgersi alle autorità nazionali per timore di possibili persecuzioni o ritorsioni non è però l'unica possibile causa di ragionevole esenzione dell'onere di esibizione di tali documenti. A questa deve infatti aggiungersi almeno il caso in cui il protetto internazionale si sia rivolto alle autorità consolari o nazionali ma queste non abbiano potuto (o voluto) rilasciargli i documenti richiesti.

Il mancato ottenimento può derivare in questi casi da una serie di cause, tra le quali potrebbe esservi la stessa situazione di conflitto attuale o ancora recente nel paese, a seguito del quale, ad esempio, gli uffici di stato civile potrebbero essere stati devastati o distrutti.

Inoltre, potrebbe facilmente accadere, specie a seguito di disordini generalizzati, che alle autorità consolari sia impossibile, pur in costanza di un atteggiamento non ostile verso il titolare di protezione sussidiaria, di avere una proficua comunicazione con le destabilizzate autorità di stato civile locali. Né può pretendersi che lo stesso protetto debba rimediare a tale impossibilità recandosi personalmente nel Paese di origine, dato che tra l'altro, ove lo facesse, la conseguenza giuridica che ne deriverebbe sarebbe la segnalazione del Questore alla Commissione per il riconoscimento della protezione internazionale mirante alla possibile revoca della misura della protezione, messa in dubbio dall'intervenuto rimpatrio, sia pure per un breve periodo.

4. *A valle l'ufficiale di anagrafe, a monte il Ministero dell'Interno*

La difficoltà di documentazione in cui versano gli stranieri che richiedono la registrazione in anagrafe del loro legame familiare con il protetto internazionale (già iscritto o da iscrivere assieme a loro) non è identica a quella del protetto internazionale richiedente la cittadinanza che non sia in grado di procurarsi la documentazione autentica che lo riguarda.

A fare la differenza v'è, in particolare, il fatto che mentre quest'ultimo può ovviare a tale difficoltà solo ottenendo la facoltà di sostituire la certificazione proveniente dal Paese di origine con un atto notorio, i familiari del protetto internazionale non di rado sono invece già stati riconosciuti come tali da una pubblica amministrazione italiana con un'attività di verifica e di conseguente certazione.

Ciò è vero, in primo luogo, per i familiari che erano già presenti sul territorio nazionale quando il loro congiunto ha ottenuto la protezione internazionale, figurando come tali nella compilazione del modello C3 al momento della formalizzazione della domanda di protezione. Benché a volte si sottovaluti la portata dei dati contenuti nel C3, in quanto dichiarati dagli stessi interessati, va tuttavia osservato che tali dichiarazioni non vengono recepite burocraticamente dall'autorità ma sono destinate ad essere oggetto di approfondimento da parte della Commissione per il riconoscimento dello status.

Solo a condizione della credibilità delle dichiarazioni e spesso sulla base di adeguata documentazione (talvolta comprensiva di esami sul d.n.a.) ai familiari del richiedente asilo verrà poi rilasciato il permesso di soggiorno per protezione internazionale oppure per familiare del protetto internazionale.

Non pare dunque ragionevole che, a seguito della decisione di protezione e del conseguente rilascio del titolo di soggiorno col quale il Ministero dell'Interno ha ritenuto affidabili le dichiarazioni di stato civile degli interessati le

medesime dichiarazioni sullo status familiae possano essere respinte dall'ufficiale di anagrafe. Considerazione questa che vale specialmente, anche se non esclusivamente, per i figli minori del richiedente asilo i quali, se non fossero tali, avrebbero dovuto essere immediatamente tutelati anche nei riguardi degli adulti, sedicenti genitori, che senza titolo si prendevano cura di loro.

Qualora invece all'ufficiale di anagrafe si presentino familiari giunti in Italia grazie a un procedimento di ricongiungimento familiare con il loro congiunto già residente e beneficiario di protezione internazionale, non v'è dubbio che prima di rilasciare il visto di ingresso per l'Italia i nostri uffici consolari abbiano verificato con rigore (talvolta con acribia) la veridicità del legame familiare dichiarato, spesso sopperendo alla mancanza di documentazione autentica con approfondite indagini e nel caso di filiazione con l'esame del d.n.a.

Anche nei loro riguardi, dunque, l'ufficiale di anagrafe non può che considerare la sua collocazione a valle di un'attività di certazione già espletata.

Alle ipotesi sin qui illustrate può inoltre aggiungersi (o sovrapporsi) quella in cui il legame familiare in questione sia già stato in precedenza verificato dai funzionari dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.

Ciò potrebbe essere accaduto ancor prima dell'arrivo in Italia (ad esempio se gli interessati si trovavano sotto protezione in un paese di primo asilo) oppure potrebbe darsi che la famiglia dei protetti internazionali si sia rivolta ad una sede in Italia dell'UNHCR e che quest'ultima abbia rilasciato un affidavit sulla base degli elementi disponibili.

Anche in quest'ultima ipotesi pare opportuno registrare in anagrafe il legame di parentela risultante dalla documentazione presentata.

Rimane infine da esaminare un'ultima ipotesi: quella in cui uno o più familiari del protetto si palesino successivamente al soggiorno del loro congiunto in Italia, dopo esservi essi pure entrati e avere ottenuto un permesso di soggiorno, diverso da quello per motivi familiari. In questi casi se il legame familiare è sorto in Italia risulterà o potrà risultare dai registri dello stato civile italiano (a seguito, ad esempio, di un riconoscimento tardivo della filiazione). Se invece il legame familiare era preesistente ma ignoto alle autorità italiane, ad essi non rimarrà altra soluzione, in via amministrativa, che chiedere essi stessi la protezione internazionale, segnalando, anche agli eventuali fini del riconoscimento della protezione complementare, il legame familiare con il congiunto già riconosciuto. Oppure dovranno esibire all'ufficiale di anagrafe la certificazione di stato civile così come ordinariamente richiesta ma purtroppo non sempre accessibile.

La comprensione e la cooperazione sul piano probatorio che non possono essere pretese dall'ufficiale di anagrafe devono però caratterizzare in questo

caso il procedimento davanti al giudice civile, cui gli interessati possono rivolgersi reagendo al diniego anagrafico di inserimento dei dati di stato civile. E varranno in quel procedimento le medesime agevolazioni probatorie indicate all'art. 29-*bis* d.lgs. 286/1998⁹.

⁹ Su cui di recente Cass. Civ., sentenza del 24 gennaio 2023, n. 2168.

CERTIFICATO DI RESIDENZA ANAGRAFICA E CONVERSIONE O RINNOVO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO

Gianluca Marcantognini*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 2. L'iscrizione anagrafica non rappresenta un requisito per la conversione o il rinnovo del permesso di soggiorno. – 3. L'adozione, da parte del TAR Lazio, della nozione di "domicilio abituale" elaborata dalla Corte Edu.

1. *Fatti di causa e decisione*

Con la Sentenza n. 16459/2023¹ il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ha annullato il provvedimento di diniego di conversione del permesso di soggiorno per motivi speciali in permesso di soggiorno per lavoro subordinato emanato dalla Questura di Roma nei confronti di uno straniero in precedenza già titolare di permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Scaduto il permesso di soggiorno per motivi speciali, ed essendo da anni impiegato in un'attività lavorativa in Italia, il ricorrente presentava un'istanza volta ad ottenere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

La Questura di Roma, in ottemperanza all'art. 10-*bis* della Legge n. 241/1990² – che impone all'autorità competente, prima di emettere un provvedimento negativo, di comunicare agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda – aveva tentato di comunicare al ricorrente che quest'ultima risultava carente del certificato di residenza e del passaporto. Tale comunicazione, tuttavia, non fu mai notificata a causa dell'asserita irreperibilità dell'istante.

Di conseguenza, la Questura rifiutava formalmente la conversione e notificava al ricorrente, questa volta senza incombere in alcun problema di reperibilità, l'ordine di espulsione e di allontanamento.

Il destinatario decideva quindi di impugnare i provvedimenti innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Il ricorrente riteneva i provvedimenti viziati da difetto e carenza di istruttoria, eccesso di potere, difetto di motivazione e violazione e falsa applicazione

* Laureando in Giurisprudenza, Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo".

¹ TAR Lazio, sez. I *ter*, sentenza del 6 novembre 2023, n. 16459.

² Legge del 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

della legge, rilevando che l'art. 6, co. 7, del Decreto legislativo n. 286/1998³ (cd. *Testo unico sull'immigrazione*) non richiederebbe alcun obbligo generale di iscrizione anagrafica, la quale si rende necessaria solo ai fini del permesso di soggiorno UE.

Il TAR Lazio ha ritenuto di accogliere i motivi di impugnazione.

In particolare, il Tribunale ha richiamato un precedente del Consiglio di Stato⁴, dal quale ha ritenuto di evincere che gli artt. 6, co. 7, D. lgs. n. 286/1998 e 9, co. 2, D.p.r. n. 394/1999⁵ facciano riferimento non alla residenza anagrafica, bensì al «domicilio abituale», da intendersi, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 8 CEDU⁶, come il luogo in cui il soggetto ha legami «sufficienti e ininterrotti»⁷.

Nell'accogliere il ricorso i giudici hanno inoltre evidenziato che l'amministrazione non ha mai effettuato verifiche al fine di stabilire il «domicilio abituale» del ricorrente⁸, ciò che avrebbe sanato, *ex art. 5, co. 5, del D. lgs. 286 cit.*, la sua mancata indicazione nell'istanza di conversione del permesso di soggiorno. In questo modo, i provvedimenti risultavano viziati da carenze istruttorie.

I giudici amministrativi, tuttavia, non hanno esplicitamente chiarito in quale tra le cause di annullabilità del provvedimento amministrativo, di cui all'art. 21-*octies* della Legge n. 241/1990, sia incorsa l'amministrazione: se in una violazione di legge o in un eccesso di potere, o in entrambe.

Da un lato, infatti, il difetto di istruttoria rappresenta una figura sintomatica dell'eccesso di potere, essendo quest'ultimo un vizio di legittimità dal contenuto sfumato, che, quindi, necessita di essere valutato caso per caso.

³ Decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

⁴ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 16 dicembre 2022, n. 11044.

⁵ Decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1999, n. 394, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*.

⁶ Cfr. Cancelleria della Corte Edu, *Guida all'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, p. 98, reperibile al seguente link: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_ita.

⁷ Cfr. Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2013, *Winterstein e altri c. France*, ric. n. 27013/07. V. anche, *infra*, il par. 3.

⁸ Peraltro, le suddette verifiche sarebbero risultate decisamente agevoli, considerato che l'istante si trovava da molti anni in Italia e che negli ultimi tempi è accertato risultasse stabilmente impiegato in un'attività lavorativa. L'agevole rintracciabilità del ricorrente, inoltre, è confermata anche dall'avvenuta notifica dei provvedimenti di espulsione e di allontanamento il giorno stesso della loro emanazione.

Dall'altro lato, avendo richiesto il certificato di residenza per la conversione del permesso di soggiorno, la Questura di Roma sembra aver violato e male applicato la normativa di riferimento, che, come si avrà modo di sottolineare in seguito, non contempla l'iscrizione anagrafica tra le condizioni necessarie.

2. *L'iscrizione anagrafica non rappresenta un requisito per la conversione o il rinnovo del permesso di soggiorno*

Dalla vicenda processuale emerge una controversa prassi amministrativa che non trova fondamento normativo: la richiesta dell'iscrizione all'anagrafe comunale quale condizione per il rinnovo o la conversione del permesso di soggiorno.

Ripercorrendo l'iter procedurale della conversione si osserva che, *ex art. 5, co. 9, D. lgs. 286 cit.*, il permesso di soggiorno può essere convertito qualora sussistano i requisiti e le condizioni previsti per il titolo richiesto (ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso)⁹.

Il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, che rileva nel caso di specie, richiede, ai sensi dell'art. 5, co. 3-*bis* del D. lgs. 286 cit., la previa stipula di un contratto di soggiorno per lavoro tra il datore e lo straniero attraverso il quale, ai sensi del successivo art. 5-*bis*, il primo garantisce la disponibilità, per il lavoratore, di un alloggio che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica¹⁰.

Se è quindi senz'altro vero che l'emissione di tale permesso di soggiorno è subordinata alla disponibilità di un alloggio, è altrettanto vero che né questa, né altra disposizione di legge richiede la sussistenza del requisito della residenza anagrafica per il rilascio del permesso di soggiorno in questione, così come per qualsiasi altra tipologia di titolo di soggiorno, ad eccezione, *ex art. 16, co. 2, lett. c)*, del D.p.r. 394 cit., del permesso di soggiorno UE.

Sul punto, la Questura di Roma sembra aver erroneamente considerato l'art. 6, co. 7, del D. lgs. 286 cit. – in forza del quale «[l]e iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani (...)» – quale base giuridica dalla quale potersi ricavare un obbligo generalizzato di iscrizione anagrafica in capo agli

⁹ Sul punto, v. G. SAVIO, *Disciplina dell'ingresso e del soggiorno*, in G. NEPI MODONA e V. FERRARIS (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, Torino, 2019, pp. 59-60.

¹⁰ Sui dubbi di legittimità costituzionale di tale istituto, v. L. NERI, *Il lavoro*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 219.

stranieri come imprescindibile condizione per il rilascio di un nuovo permesso di soggiorno.

A ben vedere, però, la disposizione in questione intende piuttosto garantire la parità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri, in considerazione del fatto che la residenza anagrafica garantisce l'accesso a servizi espressione di diritti fondamentali (quali, ad esempio, l'iscrizione al servizio sanitario nazionale, alle liste elettorali, alle liste di collocamento, l'accesso al gratuito patrocinio).

Peraltro, oltre a costituire un diritto civile – preconditione del godimento di diritti sociali – va comunque rilevato che, *ex art. 2, Legge n. 1228/1954*¹¹, l'iscrizione anagrafica rappresenta del pari un obbligo, sia per i cittadini italiani che per gli stranieri, necessario alla pubblica amministrazione per i controlli sulla popolazione residente¹². Del resto, tale prospettiva è adottata dallo stesso TAR Lazio allorché sottolinea che la richiesta di permesso di soggiorno dev'essere corredata del luogo ove l'interessato dichiara di voler soggiornare «ai fini di tutela della pubblica sicurezza, perché tale indicazione permette alle autorità di pubblica sicurezza di individuare e rintracciare i soggetti richiedenti il permesso».

L'ambivalenza della residenza anagrafica emerge, inoltre, dalla Sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale, in cui si sottolinea che l'iscrizione anagrafica, oltre a garantire l'esercizio dei diritti che la legge riserva ai “residenti”, rappresenta «il presupposto necessario per l'adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla pubblica amministrazione, da quelle di sicurezza e ordine pubblico (...) a quelle sanitarie, da quelle di regolazione e controllo degli insediamenti abitativi all'erogazione di servizi pubblici, e via dicendo»¹³.

Ciò comunque non inficia il fatto che la normativa sul diritto dell'immigrazione non richiede l'iscrizione anagrafica per ottenere la conversione del permesso di soggiorno. Tale conclusione si può indirettamente desumere anche dall'art. 42, co. 1, del D.p.r. 394 cit., che prevede che l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale avvenga sulla base della propria «residenza» o, in mancanza, della propria «dimora effettiva». Il legislatore, quindi, contempla la possibilità che lo straniero regolarmente soggiornante non risulti iscritto all'anagrafe comunale, in tal caso prevedendo il criterio alternativo della «dimora effettiva» al fine di permettere comunque l'iscrizione dello straniero al Servizio sanitario nazionale¹⁴.

¹¹ Legge del 24 dicembre 1954, n. 1228, *Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente*.

¹² Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 16 dicembre 2022, n. 11044.

¹³ Corte Cost., sentenza del 9 luglio 2020, n. 186, punto 4.1.

¹⁴ In questo senso, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio e condizione*

3. *L'adozione, da parte del TAR Lazio, della nozione di "domicilio abituale" elaborata dalla Corte Edu*

Un ulteriore punto di interesse nella pronuncia in questione è l'adozione, da parte del TAR Lazio, del concetto di «domicilio abituale» così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte Edu, implicitamente accantonando la definizione di "domicilio" di cui all'art. 43 del Codice civile, nonché quella di "residenza abituale" propria del diritto UE.

I giudici amministrativi hanno effettuato tale richiamo per chiarire cosa debba intendersi con il «luogo dove l'interessato dichiara di voler soggiornare» che – ai sensi dell'art. 9, co. 2, lett. b), del D.p.r. 394 cit. – è un'indicazione che dev'essere necessariamente contenuta in ogni richiesta di permesso di soggiorno, sottolineando, in questo modo, come nessun rilievo assuma il requisito della residenza anagrafica.

La nozione di domicilio delineata dalla Corte Edu deriva dall'interpretazione dell'art. 8 della CEDU, il quale sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare (anche) attraverso la protezione del proprio domicilio dalle illegittime ingerenze esterne.

Nello specifico, la Corte europea ha avuto modo di chiarire che la nozione di domicilio è un concetto autonomo che non dipende dalla qualificazione attribuita dal diritto interno, con la conseguenza che, ai fini dell'applicazione della disciplina protettiva di cui all'art. 8 cit., un determinato luogo rappresenta un domicilio quando, dalle circostanze fattuali del caso concreto, con lo stesso il soggetto abbia instaurato legami «sufficienti e ininterrotti»¹⁵.

L'art. 43 c.c., invece, definisce il domicilio come il luogo in cui la persona ha stabilito la «sede principale dei suoi affari ed interessi». Due sono, in particolare, i requisiti che generalmente devono sussistere affinché un determinato luogo possa essere considerato, a fini civilistici, un domicilio: un requisito "oggettivo", rappresentato dall'effettiva presenza del soggetto nel luogo dei suoi affari ed interessi; un requisito "soggettivo", consistente nella intenzione di fissare in tale luogo la sede stabile, nonché principale, di tali affari.

Nel caso di specie, tuttavia, il riferimento al concetto di domicilio effettuato dal TAR – e, prima, dal CdS – appare una forzatura.

Al fine di superare il requisito della "residenza anagrafica" ("residenza legale") per il rilascio del permesso di soggiorno, il TAR avrebbe potuto più coe-

alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019.

¹⁵ Cfr. Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2013, *Winterstein e altri c. France*, ric. n. 27013/07, punto 141.

rentemente interpretare il «luogo in cui l'interessato dichiara di voler soggiornare» alla luce della nozione di “residenza di fatto” (assimilabile alla “dimora abituale”), la cui sussistenza può essere provata – e verificata dall'amministrazione – a prescindere dalla formale iscrizione anagrafica, di cui rappresenta comunque il presupposto *ex art. 43 c.c.*

Con “dimora abituale”, infatti, si intende il luogo di permanenza in cui il soggetto manifesta l'intenzione di abitare stabilmente, «rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali»¹⁶.

In questo modo, il giudice amministrativo avrebbe evitato di prendere in considerazione un istituto – quale il domicilio – a cui l'ordinamento italiano invece attribuisce un'accezione specifica e inadatta al caso di specie, tanto che ciò ha poi indotto il TAR a reinterpretarne la nozione alla luce della giurisprudenza della Corte Edu. Quest'ultima, infatti, definisce il domicilio come il luogo in cui il soggetto ha stabilito *generici* “legami” («links»), pur se sufficienti ed ininterrotti, e non la più *specificata* «sede principale dei suoi affari ed interessi» di cui all'art. 43 c.c.

Per la medesima ragione, il TAR ha ritenuto di accantonare anche la nozione di “residenza abituale” del diritto dell'Unione europea¹⁷, che la Corte di giustizia generalmente considera come «il luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che (...) occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione»¹⁸.

Adottando la nozione più ampia e onnicomprensiva di domicilio, il Tribunale ha quindi inteso garantire al ricorrente il maggior grado di tutela possibile, poiché ciò rende in astratto più semplice la sua individuazione e, pertanto, più evidente l'inadeguatezza dell'istruttoria amministrativa. La medesima finalità, tuttavia, si sarebbe potuta perseguire facendo più correttamente riferimento alla nozione di “dimora abituale”, la quale avrebbe inoltre evitato al giudice amministrativo di richiamare forzatamente il diritto sovranazionale in luogo di categorie giuridiche interne più pertinenti.

¹⁶ Cfr. Cass. Civ., sez. I, Sentenza del 1° dicembre 2011, n. 25726. Su tale concetto, v. anche F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, pp. 139-201.

¹⁷ In tema, v. M. P. F. BOTTONI, *Residenza abituale: nozione, ruolo e significato*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 17 bis, dicembre 2022, pp. 144-159.

¹⁸ Cfr. CGUE, sentenza del 15 settembre 1994, *Pedro Magdalena Fernández c. Commissione*, C-452/93 PPU, ECLI:EU:C:1994:332, punto 22.

I “NUOVI” REQUISITI PER L’ACCESSO DEGLI STRANIERI EXTRA-UE ALL’ASSEGNO DI INCLUSIONE

Alessio Caracciolo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La perseverante esclusione degli stranieri extra-Ue in base al permesso di soggiorno posseduto. – 3. La condizione degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato. – 4. Le obiezioni più frequenti. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La nuova misura di sostegno al reddito introdotta dal Capo I del D.L. n. 48/2023 (“Decreto Lavoro”) è disegnata sullo scheletro delle sue antecedenti, rappresentandone inevitabilmente un’evoluzione nonostante l’evidente sforzo di discostarsene (quantomeno sul piano testuale, con effetti a tratti nocivi sulla sintassi e sulla comprensibilità del testo, come si proverà a dimostrare).

Abbandonato il riferimento esplicito alla “cittadinanza” quale presupposto intrinseco per l’ottenimento del beneficio (circostanza in realtà già smentita dal testo della disciplina previgente, a dispetto del nome¹), il legislatore ha delineato la platea dei beneficiari del nuovo Assegno di Inclusione (di qui innanzi, AdI) sulla base dei criteri di cui all’art. 2, comma 2, lett. a), D.L. 4 maggio 2023, n. 48, ossia il richiedente deve essere cumulativamente: 1) cittadino dell’Unione o suo familiare che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ovvero titolare dello status di protezione internazionale; 2) residente in Italia per almeno cinque anni dal momento della presentazione della domanda, di cui gli ultimi due anni in modo continuativo; 3) residente in Italia. Tale requisito è esteso ai componenti del nucleo familiare che rientrano nel parametro della scala di equivalenza di cui al comma 4».

È chiara l’esclusione dei lavoratori extracomunitari non lungo-soggiornan-

* Ricercatore in Diritto del Lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ «Trattasi di rilievo comune tra i commentatori, visto che la legge n. 26/2019, diversamente dal significato che all’espressione per lo più si attribuisce nella letteratura teorica e nel dibattito internazionale, *non* configura il RdC come “una garanzia di reddito parziale, non necessariamente sufficiente a soddisfare i propri bisogni, per tutti i cittadini [...]”» (S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in *Biblioteca ‘20 Maggio’*, n. 2/2019, p. 248, nota 724).

ti nonché dei richiedenti una delle forme di protezione internazionale, nonostante anche in questi casi la residenza possa protrarsi per il tempo richiesto dalla norma. *Nulla quaestio*, inoltre, sull'impossibilità di accedere alla misura per gli stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno, ancora una volta invisibili agli occhi di un legislatore che proclama «la straordinaria necessità e urgenza di orientare l'azione di Governo [...] per una efficace lotta al lavoro sommerso e al caporalato», senza occuparsi delle principali vittime di questi due odiosi fenomeni.

Archiviata con tiepida soddisfazione l'inclusione del «titolare dello status di protezione internazionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251» tra i potenziali beneficiari dell'AdI – in realtà, tardivo adeguamento all'art. 26, Dir. 2011/95/CE in previsione dell'ennesima procedura di infrazione² – occorre cercare di chiarire i dubbi di cui è portatrice la disposizione di cui all'art. 2, D.L. n. 48/2023, mantenendo come stella polare due dei pilastri portanti della Costituzione: il lavoro e l'assistenza sociale (artt. 1-4-35-38) e la solidarietà sociale (artt. 2 e 3).

2. *La perseverante esclusione degli stranieri extra-Ue in base al permesso di soggiorno posseduto*

Se la *ratio* delle limitazioni disposte per la fruizione delle misure di sostegno al reddito è quella di evitare che il beneficiario «divenga un onere a carico dell'assistenza sociale»³, non deve sorprendere il *revirement* della Corte costituzionale che, con una serie di sentenze recenti⁴, ha ritenuto legittimo il requisito del permesso di soggiorno per lungo soggiornanti per l'accesso all'assegno sociale, al reddito di inclusione e al reddito di cittadinanza. Eppure, dalle posizioni espresse dalla stessa Corte tra il 2005 e il 2018⁵ (salvo alcune eccezioni, che hanno tuttavia rappresentato un precedente per il nuovo orien-

² A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2018, pp. 1 ss.

³ Cfr. l'art. 7, comma 1, Dir. 2004/38/CE.

⁴ Corte cost., sentenza del 15 marzo 2019, n. 50; Corte cost., sentenza del 25 gennaio 2022, n. 19; Corte cost., sentenza del 17 febbraio, 2022, n. 34.

⁵ Corte cost., sentenza del 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost., ordinanza del 21 febbraio 2008, n. 32; Corte cost., sentenza del 9 febbraio 2011, n. 40; Corte cost., sentenza del 18 gennaio 2013, n. 2; Corte cost., sentenza del 18 gennaio 2013, n. 4; Corte cost., sentenza del 7 giugno 2013, n. 133; Corte cost., sentenza del 4 luglio 2013, n. 172; Corte cost., sentenza del 24 maggio 2018, n. 106; Corte cost., sentenza del 25 maggio 2018, n. 107.

tamento⁶), sarebbe stato possibile pervenire alle conclusioni opposte⁷, valorizzando la garanzia del soddisfacimento delle esigenze primarie rispetto alla valutazione di un criterio fortemente discusso⁸ come quello del “radicamento territoriale”⁹. Invece, a partire dalla sentenza Corte cost., sentenza del 15 marzo 2019, n. 50, la limitatezza delle risorse disponibili ha giustificato il ritorno del «nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica e l’erogazione della provvidenza». A tutto voler concedere, questa motivazione non regge: non sembra, infatti, che il possesso di uno specifico permesso di soggiorno possa dire molto sul grado di coinvolgimento politico, economico e sociale. Ove si volessero ritenere i requisiti temporali e reddituali che consentono di ottenere il permesso per lungo soggiornanti come indicativi del raggiungimento di un comprovato livello di integrazione, ciò potrebbe esser fatto a prescindere dal possesso del titolo, ricorrendo in sede di valutazione della singola domanda di AdI¹⁰ alla verifica del possesso dei requisiti piuttosto che dello *status*. Questa conclusione è sorretta anche dalla necessità, per i beneficiari dell’AdI, di dimostrare, in sede di presentazione della richiesta, le proprie condizioni economiche, mediante la produzione di idonea documentazione reddituale, nonché la residenza attuale e pregressa. Questa modifica consentirebbe anche di superare le criticità connesse alle lungaggini burocratiche relative all’ottenimento del permesso di soggiorno per lungo soggiornanti. È interessante rilevare che, nella descrizione dell’ultima procedura di infrazione in materia a carico dell’Italia (INFR(2022)4024), il “reddito di cittadinanza” è qualificato come *social welfare benefit* (prestazione di sicurezza sociale, nella traduzione ufficiale italiana), a sottolineare quanto

⁶ Corte cost., sentenza del 19 luglio 2013, n. 222; Corte cost., sentenza del 28 maggio 2014, n. 141.

⁷ Era questo l’auspicio anche di A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati alla ricerca della solidarietà perduta*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2020, pp. 268 ss., spec. p. 269, che criticava in modo puntuale sia la norma censurata che le ricostruzioni operate in Corte cost., 15 marzo 2019, n. 50.

⁸ Cfr. Corte cost., sentenza del 24 maggio 2018, n. 106; Corte cost., sentenza del 25 maggio 2018, n. 107; Corte cost., sentenza del 25 maggio 2021, n. 9.

⁹ A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l’accesso all’alloggio e alle prestazioni sociali*, cit. Cfr. anche M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017, pp. 41 ss.

¹⁰ Era possibile pervenire alla stessa proposta anche in merito al reddito di cittadinanza: sul punto, sia consentito il rinvio alle posizioni espresse nella relazione dal titolo “*Il sostegno al reddito per gli stranieri provenienti da Paesi extra-UE*” in occasione del *Convegno in memoria del Prof. Mario Giovanni Garofalo*, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”, 5 dicembre 2022.

già sostenuto dal Tribunale di Napoli¹¹ in merito all’analogia con la recente posizione espressa dalla Corte di Giustizia UE sul rapporto tra cumulo di funzioni¹² e riconducibilità di una misura (l’assegno di natalità) nel novero delle prestazioni sociali. Alla stessa conclusione deve pervenirsi per il nuovo AdI, stante l’inequivoca riproposizione, ad opera dell’art. 1, commi 1 e 2, D.L. 48/2023, della funzione di «contrasto alla povertà, alla fragilità e all’esclusione sociale delle fasce deboli», nella forma sia di «sostegno economico» che di «inclusione sociale e professionale». La speranza è, quindi, che la Corte di Giustizia UE, tornando a pronunciarsi sulla legittimità dell’esclusione di alcuni soggetti da una prestazione di natura (almeno parzialmente) assistenziale¹³, possa indicare una posizione più inclusiva, e che la stessa sia seguita in futuro anche dalla Corte costituzionale, che potrebbe tornare al filone interpretativo precedente.

3. *La condizione degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato*

Le criticità sopra evidenziate sono acute per chi, invece, non ha alcun titolo di soggiorno, visto che nemmeno la disciplina e la giurisprudenza a livello euro-unitario sembrano essere d’aiuto. Il punto dolente è dato dalla configurazione – nella maggior parte delle disposizioni nazionali ed europee – di un doppio binario di diritti basato sulla regolarità della permanenza sul territorio dello Stato membro, che alimenta il divario tra soggetti in condizione di vulnerabilità e a rischio di esclusione sociale. Lo straniero “irregolarmente” presente sul territorio, infatti, non può sottoscrivere un contratto di lavoro¹⁴, non gode della parità di trattamento, non può sperare (salvo miracolose “sanatorie”¹⁵) di ottenere un permesso di soggiorno, ed è costretto alla stessa condizione di “clandestinità” condannata nella propaganda politica. Eppure, se lo straniero

¹¹ Con la domanda di pronuncia pregiudiziale depositata il 30 marzo 2022.

¹² Il riferimento è a CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 settembre 2021, *O.D., R.I.H.V., B.O., F.G., M.K.F.B., E.S., N.P. S.E.A., c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), con l’intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, C-350/2020, ECLI:EU:C:2021:659, punto 60.

¹³ Sulla natura assistenziale della misura previgente, v. D. GAROFALO, *Il minimo previdenziale ed assistenziale: bisogno presunto versus bisogno accertato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza.*, n. 11/2019, p. 981.

¹⁴ V. l’art. 22, comma 12, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

¹⁵ In merito all’ultima, v. W. CHIAROMONTE, M. D’ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2020, pp. 1 ss.; più in generale sullo strumento (anche indiretto, per mezzo dell’utilizzo distorto del decreto flussi), v. M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Bari, 2017, pp. 137 ss., spec. p. 139.

extracomunitario “irregolare” è presente sul territorio e, dovendo provvedere al proprio sostentamento, svolge un’attività lavorativa (questa, sì, *irregolare*), è evidente che la sua condizione avvantaggia chiunque tragga beneficio dalla sua prestazione (in termini economici e di maggior potere negoziale) e penalizza al contempo il lavoratore (che non vede riconosciuto alcun diritto, se non quelli economici *ex art.* 2126 c.c.), lo Stato (che non può incamerare nulla in termini di gettito fiscale) e l’Unione Europea stessa (il cui corretto funzionamento del mercato interno è minato dalle pratiche di *dumping* salariale connaturate al lavoro nero).

4. *Le obiezioni più frequenti*

Contro l’ampliamento della platea dei beneficiari delle misure di sostegno al reddito e di politica attiva sono generalmente mosse svariate obiezioni. Al netto delle posizioni politiche ontologicamente avverse al fenomeno migratorio, che si nutrono di timori infondati, la riflessione può essere circoscritta a due problematiche: la sicurezza del territorio e la scarsità delle risorse finanziarie.

I possibili rischi legati alla pubblica sicurezza sarebbero scongiurati – o, quantomeno, ridimensionati – proprio dal rafforzamento dei percorsi di inclusione socio-lavorativa degli extracomunitari, utili a contrastare i noti fenomeni di ghettizzazione e diffusione delle mafie straniere. Infatti, dato che molto spesso la condizione di “irregolarità” del soggiorno non è connessa alle modalità di ingresso ma è sopravvenuta rispetto alle stesse, l’introduzione di un meccanismo strutturale di regolarizzazione del titolo consentirebbe invece di contrastare l’illegalità. Perciò, con l’esclusione dei casi in cui la normativa vigente prevede l’impossibilità di ottenere o rinnovare il permesso di soggiorno per l’aver commesso determinati reati, anche lo straniero che appartiene alle “fasce deboli”¹⁶ dovrebbe essere messo in condizione di partecipare attivamente a un percorso di inclusione sociale e professionale.

Con riferimento alla seconda questione, invece, il problema è purtroppo concreto e affonda le radici nel novellato art. 81 Cost.¹⁷ che, nel vincolare ogni misura al “pareggio di bilancio”, ha dato in modo indiretto la possibilità di giustificare un fenomeno tristemente riconducibile alla logica del “meno riconosco, meno spendo”. È chiaro che, se gli stranieri extracomunitari irregolari sono visti solo come «potenziali delinquenti o poveracci in fuga da condizioni

¹⁶ Così l’art. 1, D.L. 4 maggio 2023, n. 48.

¹⁷ Sul rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio, v. da ultimo D. GAROFALO, *I diritti sociali nella bufera della pandemia*, in *W.P. ADAPT*, n. 5/2023.

disastrate di vita»¹⁸, il timore insito nel riconoscimento per questi ultimi di diritti ulteriori è che ciò divenga solo un costo per la collettività. Ma, a ben vedere, la collettività sta già pagando costi ben superiori in termini economici (come detto, mancato gettito e *dumping*) e, soprattutto, di civiltà giuridica: relegare delle persone a essere “ultimi” solo sulla base della provenienza¹⁹ è una posizione ingiustificabile sia sul piano giuridico che su quello etico.

Piuttosto, per superare entrambe le criticità richiamate, occorrerebbe valorizzare l’apporto concreto che le comunità di arrivo potrebbero ricevere da una maggior inclusione socio-lavorativa degli stranieri, che ben potrebbero contribuire, insieme agli altri soggetti ammessi a svolgere le attività di cui agli artt. 5 e 6, D.L. 4 maggio 2023, n. 48, a colmare le tante inefficienze con le quali, periodicamente, le Amministrazioni sono chiamate a fare i conti.

5. Conclusioni

Per quanto sin qui analizzato, l’esclusione dei cittadini stranieri extracomunitari in possesso di titoli abilitativi al soggiorno sul territorio diversi dal permesso per lungo-soggiornanti trova ancor meno ragioni che in passato. La situazione degli “irregolari” è, se possibile, ancor più grave, in quanto la loro esclusione è giustificata sul piano sia del diritto interno che di quello euro-unitario, ma – stante l’obiettivo dichiarato di realizzare una maggiore “inclusione sociale” – essi necessiterebbero di misure analoghe per consentire l’uscita da una situazione di illegalità apparentemente inevitabile.

In un simile scenario privo di vincitori (se non le agromafie), serve un’inversione di rotta, da perseguire attraverso una riforma che parta dalla presa di coscienza che non si può concretamente immaginare di rimpatriare il mezzo milione (stimato) di “irregolari” presenti sul territorio procedendo al ritmo di cinquemila all’anno con l’inevitabile conseguenza che la maggior parte di loro rimarrà sul territorio. Poiché, nella maggior parte dei casi, si tratta di persone che hanno già intrapreso un percorso di integrazione nel tessuto socioecono-

¹⁸ M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, cit., p. 21. A questa considerazione si può pervenire anche analizzando il fenomeno noto come *crimmigration*, in merito alle quali cfr. G.L. GATTA, *La pena nell’era della “crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 2018, pp. 675 ss.

¹⁹ Tale considerazione si riferisce anche alla posizione di favore che è stata concessa al popolo ucraino rispetto a tanti altri popoli che egualmente sono in fuga dalla guerra: sul punto, v. la posizione di M. AMBROSINI, *Il “Decreto Cutro” e la nuova strategia di differenziazione: ucraini e lavoratori stranieri sì, richiedenti asilo no*, in *ADiM Blog*, 2023. Ciò non in senso riduttivo per gli ucraini, ai quali è stato giustamente dato asilo, ma espansivo nei confronti degli altri che sono costretti a superare la machiavellica procedura del *credibility assessment*.

mico e, sia pur con tutte le innumerevoli complicazioni dettate dal loro *status* giuridico, vivono in Italia da molto più tempo dei cinque anni richiesti per l’AdI, si potrebbe valutare l’ipotesi che chi è sprovvisto del permesso di soggiorno possa ottenerne uno “per attesa occupazione” nelle more del completamento di un «percorso personalizzato di inclusione sociale e lavorativa» (art. 6, D.L. 4 maggio 2023, n. 48), al termine del quale potrebbe conseguire uno “per casi speciali”, rientrando così nel mercato del lavoro regolare e sfuggendo al caporalato. Una simile possibilità potrebbe consentire anche di responsabilizzare le Istituzioni nazionali ed europee, nonché gli altri Stati membri interessati in misura minore dal fenomeno migratorio (pur considerando i movimenti secondari), troppo spesso sordi alle istanze di maggior collaborazione da parte dei Paesi di primo ingresso²⁰.

²⁰ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, cit.

IL DIRITTO AL PEDIATRA DI LIBERA SCELTA DEI MINORI STRANIERI IRREGOLARI: UN TRAGUARDO IMPORTANTE PER LA TUTELA DELLA SALUTE DI OGNI BAMBINO

Michela Giachetti Fantini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il riconoscimento del diritto al pediatra di libera scelta per i minori stranieri irregolari ad opera delle delibere della Regione Lombardia e della Regione Veneto. – 3. Lo stato dell'arte in tema di effettività della tutela della salute dei minori stranieri irregolari. – 4. Questioni aperte e nuove prospettive.

1. *Introduzione*

La Regione Lombardia, con la delibera n. 7758 del 28 dicembre 2022¹, e la Regione Veneto, con la delibera n. 1712 del 30 dicembre 2022², hanno recepito l'art. 63 del D.P.C.M. del 12 gennaio 2017³, recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza», in cui, con riguardo ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, si stabilisce, al co. 4, che «i minori presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, sono iscritti al Servizio sanitario nazionale ed usufruiscono dell'assistenza sanitaria in condizioni di parità con i cittadini italiani».

Con l'iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Nazionale (SSN), tutti i minori stranieri – siano essi figli di genitori privi di titolo di soggiorno, minori non accompagnati o minori regolari ma in attesa di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno – hanno diritto al pediatra di libera scelta (PLS) o al medico di medicina generale (MMG)⁴.

* Dottore di ricerca, Università di Roma La Sapienza. Tecnologo presso l'ENEA (Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile). Le opinioni espresse in questo articolo sono dell'Autore e non rappresentano o impegnano l'Istituzione d'appartenenza.

¹ La delibera è disponibile su <https://naga.it/2023/02/13/assistenza-sanitaria-minori-stranieri/>.

² La delibera è disponibile su <https://bur.regione.veneto.it/BurvServices/Pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=493615>.

³ Cfr. <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=58669&completo=true>.

⁴ ASGI, *Pediatra di libera scelta per tutti i minori stranieri, anche senza permesso di soggiorno in Veneto e Lombardia*, 14 febbraio 2023, disponibile in <https://www.asgi.it/notizie/pediatra->

2. *Il riconoscimento del diritto al pediatra di libera scelta per i minori stranieri irregolari ad opera delle delibere della Regione Lombardia e della Regione Veneto*

La Regione Lombardia, con la delibera n. 7758 citata, ha stabilito che, dall'anno 2023, ai minori stranieri non in regola con le norme sull'ingresso e il soggiorno e ai minori non accompagnati è attribuito il codice fiscale ed è assegnato il pediatra di libera scelta o il medico di medicina generale. Inoltre, si è disposto che l'iscrizione al Servizio Sanitario Regionale (SSR) ha scadenza annuale ed è rinnovata annualmente fino al compimento di diciotto anni.

La suindicata delibera modifica la delibera n. XI/1046 del 17 dicembre 2018⁵, che prevedeva l'iscrizione al SSR dei minori stranieri irregolari, senza, però, l'assegnazione del pediatra di libera scelta o del medico di medicina generale.

La Regione Veneto, con la delibera n. 1712 citata, integra e rettifica il par. 8.2.9 dell'Allegato A alla delibera n. 753 del 4 giugno 2019⁶, riconoscendo ai minori stranieri non regolarmente soggiornanti l'iscrizione obbligatoria al SSR e il diritto al pediatra di libera scelta e/o medico di assistenza primaria (MAP).

Tale delibera regionale si inserisce nel solco già tracciato dal Tribunale di Venezia, sez. lavoro, con l'ordinanza n. 5191 del 19 ottobre 2020⁷, che aveva accertato il carattere discriminatorio del mancato riconoscimento ai minori stranieri irregolari, sia comunitari che extracomunitari, di un servizio ambulatoriale pediatrico pubblico accessibile gratuitamente, equiparabile al PLS, cui dà diritto l'iscrizione al SSN⁸, e aveva condannato la Regione Veneto e la ULSS 3 a rimuovere tale discriminazione, rispettivamente, in sede di definizione

di-libera-scelta-per-tutti-i-minori-stranieri-anche-senza-permesso-di-soggiorno-in-veneto-e-lombardia.

⁵ La delibera è disponibile in <https://www.welforum.it/segnalazioni/regione-lombardia-dgr-1046-2018-gestione-del-servizio-sociosanitario-per-l'esercizio-2019/>.

⁶ La delibera è disponibile in <https://bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=395922>.

⁷ Trib. Venezia, sez. lavoro, ordinanza del 19 ottobre 2020, n. 5191, disponibile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/07/Tribunale-di-Venezia-Sez.-Lavoro-ordinanza-n.-5191-del-19.10.20.pdf>.

⁸ Nella giurisprudenza costituzionale si è affermato che allo straniero, anche se privo di un valido titolo di soggiorno, deve essere riconosciuto «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana [...]». Cfr. Corte cost., sentenza del 17 luglio 2001, n. 2252; Corte cost., sentenza del 22 luglio 2010, n. 269; Corte cost., sentenza del 21 febbraio 2011, n. 61.

ne delle linee guida per la programmazione dei servizi sanitari e nell'approntamento dei medesimi servizi.

Il Tribunale aveva evidenziato che «il possesso della tessera STP per gli extracomunitari (stranieri temporaneamente presenti) e della tessera ENI per i comunitari (europei non iscritti) non consente l'accesso all'intera gamma e alle stesse condizioni delle prestazioni sanitarie previste per la generalità della popolazione minorile», permettendo «l'accesso alle cure indifferibili e urgenti, ma non anche la possibilità di scelta di un medico di famiglia, ovvero, trattandosi di minori, di un pediatra di libera scelta, abilitato a prescrivere il normale accesso alle prestazioni, agli esami di laboratorio, ai trattamenti di terapia, ai ricoveri cd. "programmati"».

Con il riconoscimento del diritto al pediatra di libera scelta, le delibere della Regione Lombardia e della Regione Veneto segnano, dunque, un decisivo passo in avanti nella tutela della salute dei minori stranieri irregolari, rispondendo all'esigenza di evitare ingressi impropri al pronto soccorso per evenienze di salute che non lo richiederebbero, e di garantire una pianificazione corretta e mirata per l'adesione a campagne vaccinali nell'età pediatrica.

Inoltre, considerato che i ricoveri dei minori stranieri irregolari risultano per patologie analoghe ma di gravità maggiore rispetto a quelli dei minori sia italiani sia stranieri regolari⁹, la presa in carico continuativa del pediatra di famiglia è finalizzata ad evitare che essi arrivino in ospedale in stati avanzati di malattia, garantendo così la parità di accesso alle cure sanitarie dei minori stranieri irregolari rispetto ai bambini italiani o ai figli di immigrati regolari¹⁰.

Le delibere in commento sono state emanate a seguito dell'adozione della Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 25/E del 7 giugno 2022¹¹ e della Circolare del Ministero della Salute dell'8 agosto 2022¹², con cui sono stati superati i principali ostacoli burocratico-amministrativi relativi alla mancata attribuzione al minore straniero irregolare del codice fiscale per l'iscrizione al SSN e alla mancata assegnazione allo stesso dei codici di esenzione dalla

⁹ SOCIETÀ ITALIANA PEDIATRIA, *Bambini stranieri, disuguali tra disuguali*, 27 ottobre 2023, in <https://sip.it/wp-content/uploads/2023/10/bambini-stranieri-2.pdf>.

¹⁰ S. PIGNATARO, *Il pediatra di base va garantito anche ai figli degli irregolari*, 7 novembre 2022, in <https://www.vita.it/il-pediatra-di-base-va-garantito-anche-ai-figli-degli-irregolari/>.

¹¹ La risoluzione è disponibile su <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documenti/20143/4495896/Risoluzione+25+minorinonaccompagnati+del+7+giugno+2022.pdf/508bcffa-3b75-96c5-b83e-345d68cfcce>.

¹² La circolare è disponibile su <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2023/02/Circolare-Ministero-Salute-Prot.-0016282-08.08.2022-DGPROGS-MDSP-Risoluzione-Agenzia-Entrate-25E.pdf>.

spesa sanitaria. Peraltro, durante l'emergenza pandemica, l'assenza del codice fiscale ha reso problematico per i minori stranieri l'accesso alla vaccinazione anti-Covid, dato che per la prenotazione ai portali regionali era richiesto l'inserimento di un codice fiscale alfanumerico o dei dati della tessera sanitaria¹³.

La richiamata Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate fornisce indicazioni operative allo scopo di facilitare l'iscrizione al SSN dei minori stranieri, attraverso la richiesta del codice fiscale attivata direttamente dalla ASL, assicurando sia la semplificazione dell'*iter* procedurale, che l'allineamento dei dati tra il SSN e l'Anagrafe tributaria.

La circolare del Ministero della Salute dell'8 agosto 2022 detta indicazioni operative per l'iscrizione al SSN dei minori stranieri non in regola con le norme sull'ingresso e il soggiorno e dei minori stranieri non accompagnati (MSNA), nonché per le esenzioni. In particolare, si stabilisce l'iscrizione obbligatoria al SSN dei minori stranieri irregolari, con l'attribuzione del codice fiscale e il riconoscimento del diritto al pediatra di libera scelta o del medico di medicina generale.

Inoltre, si dispone che, per i minori stranieri irregolari, data l'impossibilità di accertare il reddito del nucleo familiare, le prestazioni sanitarie possono essere erogate senza la partecipazione alla spesa, dietro presentazione di una dichiarazione di indigenza (al di sotto di 6 anni codice X23; al di sopra di 6 anni codice X01). Ai sensi dell'art. 1, co. 334, della L. n. 160/2019, è attribuita anche ai MSNA l'esenzione, sebbene essa sia limitata alle prestazioni specialistiche e cessi al raggiungimento della maggiore età (codice X24).

Si è così data attuazione alle indicazioni contenute nel IV Piano Nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva¹⁴, approvato dal Consiglio dei ministri il 10 agosto 2016, in cui, allo scopo di «Migliorare la reattività dei sistemi sanitari nel rispondere alle esigenze dei minorenni svantaggiati», si era evidenziata proprio la necessità di «garantire l'iscrizione obbligatoria al SSN, l'accesso ai servizi sanitari ed in particolare al Pediatra di libera scelta [...] a tutte le persone di minore età presenti in Italia a prescindere dallo status». In tale sede, si era chiesto al

¹³ S. GERACI, *Iscrizione al SSN non garantita a tutti i minori migranti*, febbraio 2022, p. 3, disponibile in https://www.simmweb.it/attachments/article/1096/2022_nota_SIMM_minori_con_mappe.pdf.

¹⁴ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE DELLA FAMIGLIA, MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *IV Piano Nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva*, disponibile in <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/infanzia-e-adolescenza/focus-on/Piano-di-azione/Documents/IV-Piano-%20Azione-infanzia.pdf>, 2016, p. 39.

Ministero della Salute di «diramare una nota esplicativa per rendere uniforme dal punto di vista amministrativo l'iscrizione al Servizio Sanitario Regionale [...] dei minorenni stranieri in condizioni di irregolarità giuridica possessori di codici STP [...] ed ENI [...] equiparando i livelli assistenziali organizzativi di tali codici». Tuttavia, rispetto a tali indicazioni, la circolare del Ministero della Salute dell'8 agosto 2022 ha omesso di fare riferimento ai minori comunitari irregolari¹⁵, che sono stati ignorati¹⁶, sebbene essi siano da includere tra i destinatari delle suesposte misure di tutela della salute.

Nella richiamata circolare è stata poi accolta la segnalazione, formulata nella Dichiarazione di Erice del 2 aprile 2022¹⁷, sull'esigenza di superare la notevole variabilità territoriale relativa all'individuazione dei requisiti e delle procedure funzionali all'accessibilità e alla fruibilità delle prestazioni di assistenza sanitaria, comprese le esenzioni dal pagamento del *ticket*, favorendo l'adozione di codici unici nazionali.

3. *Lo stato dell'arte in tema di effettività della tutela della salute dei minori stranieri irregolari*

Il diritto alla salute dei minori stranieri irregolari si inquadra in un sistema di tutela multilivello, essendo oggetto di protezione a livello sovranazionale (art. 24 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989¹⁸), a livello costituzionale (art. 32 Cost.¹⁹), e a livello nazionale (art. 35 del D.lgs. 286/98²⁰ e art. 14 della L. n. 47/2017²¹)²².

L'Accordo Stato-Regioni del 20 dicembre 2012²³, con cui è stato approva-

¹⁵ Si fa riferimento ai figli di cittadini comunitari, soggiornanti in Italia da più di 3 mesi e privi di copertura sanitaria (TEAM Tessera Europea Assicurazione Malattia).

¹⁶ S. GERACI, *La tutela sanitaria per ogni minore: finalmente si può ... ma ancora non per tutti*, 25 agosto 2022, disponibile in <https://www.simmweb.it/2-simm/1096-la-tutela-sanitaria-per-ogni-minore-finalmente-si-pu%C3%B2-ma-ancora-non-per-tutti>.

¹⁷ ETTORE MAJORANA FOUNDATION AND CENTRE FOR SCIENTIFIC CULTURE, *Dichiarazione di Erice su "La salute dei migranti. Una sfida di equità per il sistema sanitario pubblico"*, 2 aprile 2022, disponibile in <https://www.epicentro.iss.it/migranti/dichiarazione-di-erice-2022>.

¹⁸ Cfr. <https://www.unicef.it/convenzione-diritti-infanzia/>.

¹⁹ Cfr. <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione>.

²⁰ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286>.

²¹ Cfr. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/04/21/17G00062/sg>.

²² F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, pp. 176, 178-180, 196-198.

²³ Cfr. <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=0&cod-Leg=44785&parte=1%20&serie=>.

to il documento recante «Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e delle Province autonome italiane», ha dato un'interpretazione autentica e univoca della normativa vigente dettata dal D.lgs. 286/98.

Tale Accordo ha previsto l'iscrizione obbligatoria al SSN dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno, senza tuttavia individuare specifiche modalità e procedure a livello nazionale. Inoltre, esso ha esplicitato che lo straniero temporaneamente presente sul territorio nazionale è esonerato dalla partecipazione alla spesa sanitaria in ragione dell'età o della condizione anagrafica inferiore ai 6 anni, alle stesse condizioni con i cittadini italiani.

L'Italia ha così aderito alle raccomandazioni formulate nella risoluzione sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell'UE, A70032 dell'8 febbraio 2011²⁴, in cui il Parlamento europeo ha invitato gli Stati membri «ad assicurare che i gruppi più vulnerabili, compresi i migranti sprovvisti di documenti, abbiano diritto e possano di fatto beneficiare della parità di accesso al sistema sanitario» e a «promuovere politiche pubbliche volte a garantire condizioni di vita sane per tutti i neonati, i bambini e gli adolescenti, comprese le cure di concepimento, l'assistenza alla maternità e le misure di sostegno per i genitori e [...] per le donne in gravidanza che allattano al seno, onde garantire una buona salute a tutti i neonati sin dai primi stadi di vita ed evitare disuguaglianze sanitarie nelle fasi successive [...]».

Sebbene dal monitoraggio delle politiche locali per l'accesso alle cure della popolazione immigrata in Italia, effettuato dalla SIMM (Società Italiana di Medicina delle Migrazioni), risulti che nel 2021 quattordici Regioni hanno recepito l'Accordo Stato-Regioni, la previsione, in esso contenuta, relativa all'iscrizione obbligatoria al SSN dei minori stranieri irregolari, non è uniformemente attuata, ma è oggetto di un'applicazione disomogenea e “a macchia di leopardo”²⁵.

Eppure, ad oggi, l'Accordo Stato-Regioni conserva la perdurante attualità dei suoi contenuti a distanza di un decennio dalla sua adozione. La Corte di appello di Venezia, con la sentenza n. 15/2020²⁶ e con la sentenza n. 138/2022²⁷, ha confermato la sua natura vincolante.

²⁴ Cfr. <https://www.immigrazione.biz/legge.php?id=525>.

²⁵ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Immigrazione e salute*, 23 giugno 2017, pp. 21-22, disponibile in https://bioetica.governo.it/media/1391/p128_2017_immigrazione-e-salute_it.pdf.

²⁶ Corte di appello di Venezia, sentenza del 27 aprile 2020, n. 15, disponibile in <https://www.asgi.it/banca-dati/corte-dappello-di-veneziasentenza-27-aprile-2020/>.

²⁷ Corte di appello di Venezia, sentenza del 15 aprile 2022, n. 138, disponibile in <https://>

Come già detto in precedenza, l'art. 63, co. 4, del D.P.C.M. del 2017 sui nuovi Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) ha codificato la previsione dell'Accordo Stato-Regioni del 2012 sull'iscrizione obbligatoria al SSN e sull'attribuzione del pediatra di libera scelta per i minori stranieri irregolari.

Le Regioni Lombardia e Veneto, con le delibere commentate, si sono allineate a Lazio, Campania, Marche, Emilia-Romagna e Sardegna, che hanno già dato attuazione all'art. 63, co. 4, del citato D.P.C.M., ma ancora molte Regioni non hanno adempiuto a tale obbligo, creando, così, una disuguaglianza nell'accesso ai servizi sanitari dei minori stranieri irregolari a causa delle differenti normative regionali.

In sostanza, la legislazione nazionale disciplina la tutela della salute dei minori stranieri non regolarmente soggiornanti, ma è attuata in modo incompleto ed eterogeneo nelle singole Regioni, dato che i sistemi sanitari regionali, con riguardo all'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza, operano in modo difforme nei confronti dei minori migranti irregolari²⁸. Ancora ad oggi, in alcune Regioni i figli di immigrati senza permesso di soggiorno non sono iscritti al SSR e non hanno diritto al pediatra di libera scelta, anche se affetti da gravi patologie e, in caso di urgenza, possono accedere solo al pronto soccorso.

Nel 12° Rapporto di Aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia²⁹, si raccomanda al Ministero della Salute e alle Regioni di definire percorsi operativi per garantire l'applicazione uniforme sul territorio nazionale dell'art. 63, co. 4, del D.P.C.M. sui LEA³⁰.

Un segnale positivo in questa direzione proviene dalla Regione Friuli-Venezia Giulia che, con la circolare del 30 giugno 2023, ha recepito l'art. 63, co. 4, del richiamato D.P.C.M., riconoscendo il diritto dei minori stranieri irregolari all'attribuzione di un pediatra di libera scelta e all'assegnazione di

www.asgi.it/banca-dati/corte-dappello-di-veneziasentenza-del-15-aprile-2022/.

²⁸ M.C. SPENA, *La protezione del diritto alla salute per i minori stranieri non accompagnati tra integrazione sociosanitaria e profili di tutela*, in *Nuove Autonomie*, n. 1, 2022, p. 250.

²⁹ GRUPPO DI LAVORO PER LA CONVENZIONE SUI DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA, *12° Rapporto di Aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia*, 2022, pp. 114-116, disponibile in <https://gruppopcrc.net/documento/12-rapporto-crc/>.

³⁰ Nel caso in cui le Regioni non assicurino il livello assistenziale prescritto dai LEA, per garantire l'uniformità a livello nazionale, sarebbe possibile applicare gli strumenti giuridici di cui all'art. 120 Cost., che legittima il potere sostitutivo del Governo dei confronti delle Regioni, quando lo richieda la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali, e all'art. 119 Cost., che abilita lo Stato a effettuare interventi speciali nei confronti delle autonomie territoriali per «favorire l'effettivo esercizio dei diritti delle persone».

specifiche esenzioni. Nella summenzionata circolare la Regione ha rilevato che “sono stati adeguati tutti gli applicativi informatici (Anagrafe sanitaria, CUP, ricetta [...]) per consentire la gestione delle nuove esenzioni”³¹.

4. *Questioni aperte e nuove prospettive*

Alla luce della disamina compiuta sulla tutela della salute dei minori migranti irregolari, rimangono alcune questioni aperte e si delineano nuove prospettive.

Sussiste un’incertezza giuridica sulla posizione dei minori comunitari irregolari, per i quali non si applica l’art. 63, co. 4, del D.P.C.M. del 2017, e per i quali non è prevista alcuna specifica esenzione. Pertanto, è necessario estendere le misure relative all’attribuzione del pediatra di libera scelta e all’assegnazione del codice di esenzione dalla spesa sanitaria nei confronti dei minori extracomunitari irregolari, ai minori comunitari irregolari al fine di eliminare una grave discriminazione in tema di tutela della salute dei minori stranieri.

Il flusso di profughi, soprattutto donne e bambini, determinato dall’invasione russa in Ucraina, ha rappresentato l’occasione per evidenziare l’importanza dell’accesso alla sanità per i migranti, a prescindere dal possesso del titolo di soggiorno o dalla durata della permanenza su un dato territorio.

In prospettiva, la gestione dell’emergenza ucraina (decisione di esecuzione UE 2022/382³²) può essere interpretata come un modello per la costruzione di una nuova politica dell’asilo per i migranti in fuga dalla guerra³³ e per la feconda implementazione di approdi normativi, anche con riferimento al riconoscimento del diritto al pediatra di libera scelta per i minori stranieri irregolari³⁴.

Infatti, l’art. 13 della direttiva 2001/55/CE³⁵ prevede, al co. 4, che gli Stati membri forniscano la necessaria assistenza medica alle persone che godono della protezione temporanea aventi esigenze particolari, quali i minori non accompagnati e, al co. 2, che i beneficiari della protezione temporanea, che

³¹ ASGI, *Pediatra ai minori stranieri senza documenti o non accompagnati: il FVG si adegua dopo un anno*, 14 luglio 2023, disponibile in <https://www.asgi.it/discriminazioni/pediatra-minori-stranieri-fvg/>.

³² Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>.

³³ M. AMBROSINI, *L'accoglienza dei rifugiati ucraini: eccezione o premessa di una nuova politica dell'asilo?*, in CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS (a cura di), *Dossier Statistico Immigrazione*, Roma, 2022, pp. 129-134.

³⁴ S. GERACI, *Oltre il Covid. Governare l'emergenza, governare sempre (l'accesso dei migranti ai servizi socio-sanitari)*, in *op. ult. cit.*, p. 202.

³⁵ Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex%3A32001L0055>.

non dispongono di risorse sufficienti, ricevano le cure mediche, che includano almeno le prestazioni di pronto soccorso ed il trattamento essenziale delle malattie.

L'art. 5 del D.P.C.M. 28 marzo 2022³⁶ stabilisce che il permesso di soggiorno per protezione temporanea consente al titolare l'accesso all'assistenza erogata in Italia dal SSN, disponendo, al co. 3, che alle categorie di sfollati, di cui all'art. 1, co. 2 e 3, dal momento della presentazione della richiesta di permesso di soggiorno è garantita l'assistenza sanitaria sul territorio nazionale, a parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani, previa iscrizione nelle ASL di domicilio per l'attribuzione del medico di medicina generale e/o del pediatra di libera scelta³⁷. Inoltre, si dispone che, fino alla presentazione della richiesta del permesso di soggiorno, è comunque garantita l'assistenza sanitaria con le modalità previste dall'art. 35 del D.lgs. 286/1998, mediante iscrizione attraverso il rilascio del codice STP da parte delle strutture abilitate.

L'art. 9 dell'o.c.d.p.c. n. 895 del 24 maggio 2022³⁸ ha riconosciuto ai destinatari della protezione temporanea, dal momento della presentazione della domanda di permesso di soggiorno, l'accesso all'assistenza sanitaria in regime di esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria, qualora essi non svolgano alcuna attività lavorativa³⁹.

Tale misura è stata poi prorogata fino al 31 dicembre 2023, a seguito dell'adozione del D.L. n. 16/2023⁴⁰, convertito nella L. n. 46/2023, che sancisce all'art. 2 l'estensione fino alla suindicata data della validità dei permessi di soggiorno per protezione temporanea, rilasciati ai cittadini provenienti dall'Ucraina.

Come previsto dalla Circolare del Ministero della Salute n. 0000863-15/01/2024-DGPROGS-MDS-P, la suddetta esenzione è stata altresì prorogata fino al 31 dicembre 2024, per effetto dell'estensione a tale data della validità dei permessi di soggiorno dei beneficiari di protezione temporanea, disposta dall'art. 1, co. 395, della L. n. 213/2023.

³⁶ Cfr. <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/dpcm-del-28-marzo-2022-0/>.

³⁷ Tale disciplina di garanzia è confermata nel Piano del Ministero dell'Interno per i Minori Stranieri Non Accompagnati provenienti dall'Ucraina, adottato il 25 marzo 2022 e aggiornato al 5 maggio 2022. Cfr. <https://www.interno.gov.it/it/piano-minori-stranieri-non-accompagnati-provenienti-dallucraina>, pp. 13 e 14.

³⁸ Cfr. <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/ocdpc-n-895-del-24-maggio-2022-0/>.

³⁹ A. DI PASCALE, *L'attuazione della protezione temporanea a favore degli sfollati dell'Ucraina*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2023, p. 50, nt. 153.

⁴⁰ Cfr. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2023-03-02;16>.

Le Case della Comunità – previste dal PNRR, nell’ambito della Missione M6C1-Investimento 1.1 – possono svolgere un ruolo importante nella promozione e tutela della salute dei minori stranieri irregolari. Infatti, secondo l’Allegato 1 del decreto del Ministero della Salute del 23 maggio 2022, n. 77⁴¹, le Case della Comunità si qualificano come «fondamentale struttura pubblica del SSN» e «luogo fisico, di prossimità» per l’accesso all’assistenza sanitaria. Esse sono destinate a fungere da strumento di coordinamento di una pluralità di servizi sanitari di base in un’ottica multiprofessionale, mediante la collaborazione tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, infermieri di famiglia e altri professionisti sanitari, che garantiscono l’assistenza di base, la diagnostica di base e servizi ambulatoriali specialistici per patologie ad elevata prevalenza e croniche⁴².

Nella summenzionata Dichiarazione di Erice si prospetta la possibilità che le Case della Comunità forniscano servizi di cure primarie integrate e continuative agli stranieri in possesso di tessera STP o ENI e ai loro figli minori di età.

⁴¹ Cfr. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/06/22/22G00085/sg>.

⁴² L. BUSATTA, *L’accessibilità come soluzione: sui nodi di effettività nella risposta ai bisogni di salute degli stranieri*, in *ADiM Blog*, luglio 2022, p. 7.

LA CONVERSIONE DEI PERMESSI DI SOGGIORNO
PER I MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI
NEOMAGGIORENNI A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE
DELLA LEGGE N. 50/2023

Paolo Iafrate*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il parere della Direzione generale. – 3. Analisi statistica. – 4. Il prevedibile impatto della novella. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'articolo 4-*bis*¹ della legge 5 maggio 2023², n. 50, di conversione del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare, è intervenuto sulla disciplina del permesso di soggiorno per minori stranieri non accompagnati (d'ora in avanti MSNA) al compimento del diciottesimo anno d'età.

In particolare, le modifiche apportate a tale disciplina dall'articolo in esame sono tre.

La prima dispone che il permesso di soggiorno rilasciato al minore non accompagnato al compimento della maggiore età può essere rilasciato per il periodo massimo di un anno.

In tal senso, si differenzia la durata dei permessi di soggiorno per MSNA di cui all'articolo 32, comma 1-*bis*, rispetto ai minori conviventi con genitori stranieri ovvero affidati a genitori stranieri di cui all'articolo 31, comma 1, per i quali la durata del permesso di soggiorno è quella prevista in via generale dalle disposizioni vigenti per ciascuna tipologia di permesso.

La seconda modifica prevede che la conversione del permesso per minore età in altro permesso di soggiorno è possibile previo accertamento dell'effettiva sussistenza dei presupposti e requisiti previsti dalla normativa vigente.

* PhD – Professore a contratto “Economia delle Migrazioni e delle Regolamentazioni” Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

¹ Camera Dei Deputati - Disegno di Legge approvato dal Senato della Repubblica il 28 aprile 2023 (v. stampato Senato n. 591), Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare D.L. n. 20/2023 - A.C. n. 1112 2, p. 24., <http://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/D23020a.pdf>.

² Art. 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 comma 1-*bis*.

La terza modifica dispone l'abrogazione degli ultimi due periodi del comma 1-*bis* dell'articolo 32, ossia della previsione che il mancato rilascio del parere da parte del Ministero del lavoro non possa legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno, nonché della previsione dell'applicazione al procedimento di conversione dell'istituto del silenzio assenso (mediante la soppressione del rinvio all'articolo 20, commi 1, 2 e 3 della legge n. 241 del 1990).

I minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell'art. 2 della l. n. 184/1983 ovvero sottoposti a tutela, che non siano presenti in Italia da almeno tre anni e non siano stati ammessi in un progetto di integrazione sociale e civile di durata biennale, al compimento dei 18 anni possono richiedere la conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di studio, accesso al lavoro, lavoro autonomo ovvero lavoro subordinato, previo parere positivo della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

L'obiettivo principale di questa breve analisi è quello di esaminare quali effetti potrebbero avere le modifiche all'articolo 32, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 286/1998 inserite dalla novella normativa, nella parte in cui prevede il rilascio del parere positivo da parte della Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione (ruolo in passato affidato al Comitato per i minori stranieri) per la conversione del permesso di soggiorno dei MSNA³ al compimento del diciottesimo anno di età.

2. *Il parere della Direzione generale*

Come stabilito dalle Linee guida Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione⁴ – dedicate al rilascio dei pareri per la conversione del permesso di soggiorno dei MSNA al raggiungimento della maggiore età (articolo 32, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 286/1998) – la richiesta di parere alla Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione non deve essere inviata: i) per i MSNA che risultino presenti in Italia da almeno tre anni, ammessi a un progetto di integrazione sociale e civile per un periodo non inferiore a due anni; ii) per minori stranieri affidati a parenti entro il 4° grado, anche se in possesso del permesso di soggiorno per minore età; iii) per i MSNA per i quali il Tribunale per i minorenni abbia ordinato il prosieguo

³ A tal fine la richiesta deve essere presentata alla Questura territorialmente competente 60 giorni prima del compimento del diciottesimo anno d'età tramite un tutore o un responsabile legale del minore, oppure entro i 60 giorni successivi.

⁴ <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Linee-guida-parere-art-32-co-1-bis-doc.pdf>.

amministrativo delle misure di protezione e di assistenza oltre il compimento del 18esimo anno di età; iv) per i MSNA che al compimento del 18esimo anno di età siano in possesso di un permesso di soggiorno per asilo, per protezione sussidiaria o per motivi umanitari (ora protezione speciale a seguito della legge n. 132/2018⁵).

Il parere previsto dall'art. 32, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 286/1998 per l'ipotesi del minore sottoposto a tutela non presenta natura vincolante, come chiarito dallo stesso Ministero del lavoro e delle politiche sociali nelle proprie "Linee Guida" del 24 febbraio 2017, nonché nella relazione illustrativa al D.l. n. 20/2023 (conv. l. n. 50/2023)⁶ considerato che la novella lo ritiene necessario – in quanto il potere decisorio sulla conversione del titolo di soggiorno spetta all'Amministrazione dell'Interno. Al riguardo è opportuno precisare che secondo l'attuale normativa il parere negativo, anche se non vincolante, può legittimare il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, poiché spetta alla Questura decidere in merito all'istanza di conversione del titolo di soggiorno. Infatti, la Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione è tenuta a dare il parere nei termini previsti dall'articolo 16 della legge n. 241/1990 (20 giorni). In particolare, si sottolinea nel documento citato che «restano ferme le attribuzioni della Questura territorialmente competente in ordine ai provvedimenti che riguardano la conversione del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età» (Cons. Stato, sez. III, sentenza del 25 marzo 2021, n. 2525).

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, il tenore non vincolante del parere non impone necessariamente un supplemento di istruttoria in capo alla Questura, la quale può decidere autonomamente – se ne ricorrono i presupposti – di svolgere ulteriori approfondimenti e successive valutazioni, oppure di recepire, condividendole, le indicazioni dell'organo consultivo. Il supplemento istruttorio, infatti, presuppone l'emersione di ulteriori elementi idonei a porlo in discussione (Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 3431 del 1° giugno 2020; Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 4812 del 29 luglio 2020; Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 2184 del 2 aprile 2019).

Di conseguenza, se il giudizio negativo è derivato dall'insufficienza di circostanze fattuali dalle quali desumere la sufficiente integrazione civile e sociale del cittadino straniero, è onere dell'interessato partecipare al procedimento allegando ulteriori elementi, in modo da porre la Questura nella condizione di poter superare la criticità derivante dal parere negativo e pervenire a una

⁵ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/12/03/18G00161/sg>.

⁶ <http://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/D23020a.pdf>.

valutazione favorevole dell'istanza di conversione del titolo di soggiorno. Il MSNA, quindi, deve fornire elementi di prova positivi in ordine, ad esempio, alla sua scolarizzazione, all'acquisizione di una formazione professionale, al suo inserimento lavorativo, alla sua condotta civile e sociale, all'inesistenza di pericolosità sociale, ai legami familiari (se esistenti), all'alloggio, e così via. Solo in tal caso la Questura è chiamata a eseguire approfondimenti istruttori, dovendo valutare se gli elementi ritenuti carenti dall'organo consultivo possano essere integrati nell'ambito del procedimento amministrativo. In caso contrario, essa non è gravata da un preciso onere di approfondimento istruttorio (Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 4812 del 29 luglio 2020; Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 2184 del 2 aprile 2019).

Premessi questi brevi cenni relativi al quadro normativo, si procede a una breve analisi statistica dei dati sulla presenza dei MSNA e dei pareri rilasciati dalla Direzione Generale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nel 2022.

3. *Analisi statistica*

Il presente paragrafo evidenzia quali ricadute applicative potrebbero avere le modifiche relative al rilascio del parere positivo dell'art. 32 comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 286/1998, stante l'elevata presenza sul territorio nazionale di MSNA prossimi alla maggiore età, nonché in relazione al numero esiguo di pareri ministeriali emessi per la conversione del permesso di soggiorno alla maggiore età.

In base ai dati forniti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, al 31 dicembre 2022⁷ risultavano presenti in Italia 20.089 MSNA, dato in forte aumento rispetto allo stesso periodo di rilevazione del 2021 (+64%) e del 2020 (+184%). Un incremento così rilevante è in larga parte attribuibile all'arrivo sul territorio nazionale di un considerevole numero di MSNA provenienti dall'Ucraina, a seguito del conflitto bellico e della crisi umanitaria che ne è derivata, a partire da fine febbraio 2022⁸.

I MSNA sono in prevalenza di genere maschile (85,1%), ma si evidenzia un aumento significativo della presenza femminile rispetto al periodo di riferimento precedente. Le MSNA sono 2.988 e rappresentano il 14,9% dei MSNA presenti in Italia al 31 dicembre 2022.

⁷ <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Rapporto-approfondimento-semestrale-MSNA-31-dicembre-2022.pdf>.

⁸ Ingresso dei MSNA nel territorio italiano: il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha censito l'ingresso nel Paese di 28.237 minori stranieri non accompagnati, di cui 6300 ucraini.

In relazione ai pareri rilasciati ai fini della conversione dei permessi di soggiorno ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998, dal Rapporto relativo ai dati censiti dalla Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, aggiornati al 31 dicembre 2022⁹, risulta che dal 1° gennaio 2022 al 31 dicembre 2022 sono stati emessi 2.597 pareri, in numero maggiore per il Friuli-Venezia Giulia (633), la Lombardia (502), il Lazio (313), l'Emilia-Romagna (305) e il Veneto (165). Il percorso di integrazione che è stato realizzato con maggior frequenza nel 2022 è stato quello scolastico e formativo, che ha riguardato l'86% degli ex minori per un totale di 2.234. Infine, il 14% dei pareri formulati ha riguardato ex minori che hanno realizzato un percorso di inserimento socio-lavorativo. L'analisi statistica condotta nel citato Rapporto non esamina i pareri ministeriali richiesti, ma solo quelli emessi per la conversione del titolo di soggiorno per i minori prossimi alla maggiore età affidati o sottoposti a tutela¹⁰.

4. *Il prevedibile impatto della novella*

Il 70% dei MSNA presenti sul territorio nazionale ha un'età compresa tra i 16 e i 17 anni (e i pareri emessi dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali hanno riguardato il 29% dei MSNA di anni 17). Pertanto, a seguito della nuova previsione normativa un numero consistente potrebbe essere costretto a lasciare il percorso di integrazione iniziato nelle strutture di accoglienza, con il rischio di diventare irregolare alla maggiore età, nonché essere soggetto a fenomeni di esclusione sociale, di sfruttamento lavorativo o essere coinvolto in attività illecite.

Infatti, accade spesso che i MSNA prossimi alla maggiore età non ottengono il parere della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro. In particolare, in alcuni casi il parere non è stato richiesto dai servizi sociali o dalla struttura di accoglienza in cui i minori erano ospitati. Tanto è che per ovviare a questa problematica il legislatore aveva previsto la possibilità del rilascio del permesso di soggiorno alla maggiore età anche in assenza del parere ministeriale. Di conseguenza, allo stato attuale, ai MSNA al raggiungimento della maggiore età può essere

⁹ <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Rapporto-approfondimento-semestrale-MSNA-31-dicembre-2022.pdf>.

¹⁰ E.S. RIZZI, *La Condizione giuridica dei MSNA*, in M.G. FOSCHINO BARBARO (a cura di), *Minori stranieri non accompagnati tra vulnerabilità e resilienza*, in Collana Cismai - Coordinamento italiano dei Servizi contro il Maltrattamento e l'Abuso all'infanzia, Milano, 2021, pp. 28-36.

negato il rilascio di un permesso di soggiorno e, conseguentemente, può essere emesso nei loro confronti un decreto di espulsione come già avvenuto in precedenza, dopo l'entrata in vigore della legge n. 132/2018 (di cui all'art. 1 comma 1, lettera n-bis, all'articolo 32, comma 1-*bis*, gli ultimi due periodi sono soppressi)¹¹.

La difficoltà di esprimere un parere favorevole sul percorso d'integrazione sociale e civile basato esclusivamente sul percorso scolastico e formativo determina quindi un rallentamento del percorso di integrazione intrapreso dal MSNA¹².

La valutazione discrezionale affidata alla Questura riguarda tutte le circostanze del caso, quali la durata del soggiorno, i vincoli familiari, l'integrazione sociale raggiunta nel paese di residenza documentata dai servizi sociali, l'eventuale attività lavorativa svolta, ecc.

Infatti, per ovviare a questa situazione la legge del 7 aprile 2017, n. 47, all'articolo 13, aveva previsto che il permesso di soggiorno alla maggiore età dovesse essere rilasciato anche in assenza del parere ministeriale con l'applicazione del principio del silenzio assenso (art. 20, legge 7 agosto 1990, n. 241).

Le modifiche introdotte dall'art. 4-*bis* della legge n. 50/2023 sembrano porsi in maniera contrapposta ai principi relativi alla tutela del minore, in particolare con gli articoli 2 (non discriminazione) e 3 (superiore interesse) della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989¹³, ratificata in Italia e resa esecutiva con la legge n. 176/1991. Infatti, quest'ultima stabilisce che in tutte le decisioni riguardanti i minori deve essere ritenuto preminente il superiore interesse del minore, e che i diritti da essa sanciti devono essere garantiti a tutti i minori senza discriminazioni, a prescindere anche dalla nazionalità e dallo *status* relativo al soggiorno. Ebbene, nel caso di specie si rileva una disparità di trattamento tra MSNA e minori affidati o sottoposti a tutela. Per i primi, il permesso di soggiorno può essere rilasciato a condizione che i minori siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato, che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (ai sensi dell'articolo 52

¹¹ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/12/03/18G00161/sg>.

¹² F. DI LELLA, *I minori stranieri non accompagnati tra vulnerabilità e resilienza*, in *Famiglia*, 2019.

¹³ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/06/11/091G0213/sg>.

del d.P.R. n. 394 del 1999). Per i secondi, invece, si richiede il parere positivo del Comitato per i minori stranieri (ora sostituito dal parere della Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali)¹⁴.

Si ravvisa, poi, un'ulteriore criticità con riferimento al Commento generale n. 6 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *Trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro Paese d'origine*, 2005, par. 12¹⁵.

Per completezza espositiva è opportuno osservare che il d.l. del 5 ottobre 2023, n. 133 con la legge di conversione 1° dicembre 2023, n. 176¹⁶ ha apportato alcuni rilevanti modifiche in materia di accoglienza dei MSNA, nonché di accertamento dell'età nell'ambito della procedura di identificazione del minore e in relazione alla conversione del permesso di soggiorno al compimento della maggiore età.

In particolare, l'articolo 5 della citata legge prevede che i MSNA possono essere accolti in centri per adulti, fino a 45 giorni nelle strutture di prima accoglienza a loro destinate, con deroga al limite di capienza dei centri di accoglienza straordinaria per minori fino a un massimo del 50%; nonché si prevede l'inserimento di minori ultra-sedicenni in strutture per adulti fino a un massimo di 150 giorni.

Le garanzie sull'accertamento dell'età vengono ridotte, di talché i MSNA possono essere sottoposti ad accertamenti sanitari, incluse le radiografie, a fini di accertamento dell'età senza che siano stati previamente utilizzati altri metodi non invasivi, senza la previa autorizzazione scritta della Procura presso il Tribunale per i Minorenni e in assenza di un mediatore linguistico-culturale. Inoltre, tale disposizione prevede che il termine per presentare ricorso contro il verbale di accertamento per la minore età è ridotto a 5 giorni con rischio di respingimenti ed espulsioni arbitrarie.

Infine, l'articolo 6 individua nei consulenti del lavoro e nelle organizzazioni dei datori di lavoro i soggetti ai quali è demandata la verifica dei requisiti per la conversione del permesso di soggiorno per i MSNA alla maggiore età.

¹⁴ M. ACCORINTI, M. GIOVANNETTI, S.M. MUZZIOLI, *Ruoli e compiti degli operatori nei progetti sai sui minori stranieri non accompagnati: studi di caso*. In *Sistema Accoglienza Integrazione - SAI* (a cura di), *Il sistema di accoglienza e integrazione e i minori stranieri non accompagnati* 2023, pp. 97-114. Roma: Cittalia - Fondazione ANCI.

¹⁵ <https://www.datocms-assets.com/30196/1607611722-commentogeneralen-6-20.pdf>.

¹⁶ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/12/04/23G00189/sg>.

5. Conclusioni

Il passaggio all'età adulta e dalla scuola al lavoro può essere particolarmente impegnativo per i minori migranti arrivati di recente sul territorio nazionale, specialmente per i MSNA le misure di sostegno cessano spesso al compimento del 18° anno di età. La presenza elevata di MSNA diciassetenni sottolinea la necessità di promuovere l'accompagnamento verso l'età adulta dei minori che sono prossimi alla maggiore età, al fine di garantirne l'autonomia. Sul punto è opportuno ricordare che il minore straniero deve dimostrare attraverso apposita certificazione di essere autonomo nel provvedere a sé stesso, sia dal punto di vista formativo e professionale, sia da quello abitativo¹⁷.

Per questo, la Commissione Europea nel Piano azione integrazione e inclusione 2021-2027 invita gli Stati membri a intervenire¹⁸ per rafforzare l'inclusione dei neomaggiorenni, europei e non, attraverso gli strumenti di supporto all'autonomia, in primo luogo lavorativa.

Di conseguenza, stante le difficoltà incontrate dai MSNA affidati o sottoposti a tutela che diventano maggiorenni durante la conversione del permesso di soggiorno, sarebbe opportuno ripristinare quanto statuito dall'art. 13 della legge n. 47/2017 e ribadito dalla legge n. 173/2020, ovvero la non obbligatorietà del parere ministeriale e l'applicazione del silenzio assenso alla procedura di conversione del titolo di soggiorno.

Il mancato rilascio del parere da parte del Comitato per i minori stranieri (previsto dall'articolo 33 del Testo unico dell'immigrazione) rischia di legittimare il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno – così come la previsione dell'applicazione a tale procedimento del silenzio assenso (di cui all'articolo 20, commi 1, 2 e 3 della legge n. 241 del 1990). Il rischio, altrimenti, è un prevedibile aumento di cittadini stranieri irregolari presenti sul territorio nazionale.

¹⁷ P. IAFRATE, *Il sistema normativo europeo a tutela dei minori stranieri non accompagnati: profili comparatistici in Austria e Belgio*, in *Rivista Comparazione e diritto civile*, vol. 3, 2022, p. 1001-1034.

¹⁸ S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4/2018, p. 1376. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files_en?file=2020-11/action_plan_on_integration_and_inclusion_2021-2027.pdf.

L'APERTURA DI CORRIDOI UMANITARI VERSO L'ITALIA. OPPORTUNITÀ E PROBLEMI

Federico Orso*

SOMMARIO: 1. I corridoi umanitari: «molto del poco che si fa». – 2. La collaborazione pubblico-privato. – 3. La selezione dei beneficiari: la progressiva “normativizzazione” dei criteri. – 4. La selezione dei beneficiari (segue): l'autonomia di scelta dei promotori, tra principio di imparzialità ed esigenze di integrazione dei beneficiari. – 5. I corridoi umanitari, «catalizzatori di speranza in un tempo di crisi di senso».

1. *I corridoi umanitari: «molto del poco che si fa»*

È nota l'esistenza di una contraddizione tra gli obblighi che gravano sugli Stati «*dopo* l'ingresso dei richiedenti protezione internazionale sul proprio territorio» e l'assenza di regole che chiariscano come questi soggetti possano accedervi in modo legale e in condizioni di sicurezza¹.

A tale problema mirano a dare una soluzione i corridoi umanitari. Essi, infatti, nell'accezione qui in esame², realizzano uno schema di mobilità internazionale che permette a individui in condizione di particolare vulnerabilità di ottenere un visto senza muoversi dallo Stato di origine o di transito e di

* Assegnista di ricerca, Università di Firenze.

¹ F.L. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione Europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2016, p. 3.

² Come riferisce 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, p. 10, essi in passato erano intesi principalmente come «itinerari sicuri di transito attraverso zone di combattimento» per il trasferimento di «popolazione» o «aiuti». In particolare, segnala M.M. PAPPALARDO (a cura di), *I corridoi umanitari per i richiedenti asilo. Una best practice italiana*, in *Fogli di Lavoro per il Diritto internazionale*, n. 2/2019, p. 4, che la nozione di corridoio umanitario è 'presa in prestito' dall'art. 23 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 per la protezione delle persone civili in tempi di guerra secondo il quale «ciascuna Parte contraente accorderà il libero passaggio per qualsiasi invio di medicinali e di materiale sanitario, come pure per gli oggetti necessari alle funzioni religiose, destinati unicamente alla popolazione civile di un'altra Parte contraente, anche se nemica» e «autorizzerà pure il passaggio di qualunque invio di viveri indispensabili, di capi di vestiario e di ricostituenti riservati ai fanciulli d'età inferiore ai quindici anni, alle donne incinte o alle puerpere».

giungere in Italia (o in un altro dei Paesi coinvolti nel progetto³) attraverso un «percorso di migrazione sicuro, legale, ordinato, duraturo e praticabile»⁴.

Qualche dato può aiutare a capire meglio l'impatto dell'istituto.

³ Oltre all'Italia, che, secondo i dati pubblicati dalla Comunità di Sant'Egidio, si è fatta carico da sola di circa il novanta per cento degli ingressi protetti attraverso i corridoi umanitari (poco meno di 6500), nel progetto sono coinvolti anche la Francia (629), il Belgio (310), Andorra (22), Germania (18) e Svizzera (3).

⁴ G. GORI, F. KENDALL (a cura di), *Documento programmatico per i corridoi umanitari europei*, allegato a AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile. Atti della conferenza*, 2020, pp. 2-3, consultabile sul sito internet istituzionale del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale. Tra gli scritti giuridici che si sono occupati dei corridoi umanitari, si vedano anche: M. AMBROSINI, *Confini contesi: chiusure selettive e iniziative solidali*, in *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, v. 30, n. 64, 2022, p. 23-42; L. COLMAYER, M. SIGNORINI, *I corridoi umanitari, possibile alternativa di ingresso legale in Italia*, in *Immigrazione.it*, fasc. 281, 1° febbraio 2017; L. GALLI, *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nei corridoi umanitari. Che cosa possiamo imparare dall'esperienza canadese?*, in E. AUGUSTI, S. PENASA, S. ZIRULIA (a cura di), *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo*, pp. 101-143, Napoli, 2022; F.L. GATTA, *I visti umanitari tra l'immobilismo dell'Unione Europea, l'attesa per Strasburgo e l'esempio (da replicare) dell'Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, pp. 152-176, spec. 168-173; ID., *Vie di accesso legale*, cit., pp. 1-38, spec. 35-37; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa*, cit., pp. 1-31; M.M. PAPPALARDO (a cura di), *I corridoi umanitari per i richiedenti asilo*, cit., pp. 3-4; C. RICCI, *Ammissione di stranieri sul territorio attraverso 'corridoi umanitari' con sponsorizzazioni*, in *Rendiconti. Classe di Lettere e Scienze morali e storiche*, 2018, pp. 315-317; ID., *The Necessity for Alternative Legal Pathways*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 265-283. Al di fuori della letteratura giuridica si vedano, tra gli altri: AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit.; D. ALBANESE, M. TARDIS, *Safe and Legal Pathways for Refugees: Can Europe Take Global Leadership*, in M. VILLA (edited by), *The Future of Migration to Europe*, Milano, 2020, pp. 81-101; C. BARONE, *The humanitarian Corridors of the Community of Sant'Egidio: A possible solution to unsafe immigration*, Tesi di laurea, LUISS Guido Carli, a.y. 2017/2018, pp. 1-57; G. GERLI, *Sotto controllo. Il governo internazionale delle migrazioni e le prospettive dei corridoi umanitari*, Milano, 2022; M. IMPAGLIAZZO, *I corridoi umanitari. Una via legale e sicura per l'Europa*, in V. DE CESARIS, E. DIODATO (a cura di), *Il confine mediterraneo. L'Europa di fronte agli sbarchi dei migranti*, Roma, 2018, p. 179; ID., *Le vie dell'integrazione 'latina'*, in *Limes*, 2016, pp. 127-137; M. MARAZZITI, *Porte aperte. Viaggio nell'Italia che non ha paura*, Milano, 2019, pp. 7-380; R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari. Una risposta a una crisi planetaria*, Cinisello Balsamo, 2023, pp. 5-198; P. NASO, *I corridoi umanitari, una risposta costruttiva alle migrazioni*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2019, pp. 829-838; ID., *Migrazioni 2.0*, in *Limes*, 2015, pp. 149-155; ID., *I corridoi umanitari: una buona pratica che può diventare modello*, in *Nuova Atlantide*, 2016, fasc. 37; F. ROLANDO, *Humanitarian corridors to Italy. An interview with professor Paolo Naso*, in *Harvard International Review*, Spring 2018, pp. 64-67; M. SOSSAI, *Canali di ingresso legale e sicuro dei migranti in Europa: il modello dei corridoi umanitari*, in U. CURI (a cura di), *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, 2017, pp. 75-89; S. TROTTA, *Safe and Legal Passages to Europe: A Case Study of Faith-Based Humanitarian Corridors to Italy*, in *UCL Migration Research Unit Working Papers*, 2017, pp. 1-35.

Tra l'inizio del 2016, anno della loro attivazione in Italia, e la prima metà del 2024, i corridoi umanitari hanno garantito l'ingresso a circa 6.500 persone provenienti da Libano, Marocco, Etiopia, Niger, Giordania e Afghanistan⁵.

Si tratta di numeri certamente irrisori a fronte del totale dei rifugiati (oltre 115 milioni alla fine del 2023, secondo le stime dell'UNHCR⁶). Ma se si considera che nello stesso periodo di tempo l'Italia ha contribuito al *resettlement program* delle Nazioni Unite per (appena) 4.851 ingressi protetti⁷, dietro a molti altri Paesi europei (almeno in rapporto alla popolazione)⁸, tale esiguità numerica finisce per apparire solo «relativa». All'atto pratico, dunque, i corridoi umanitari sono «molto del poco che si fa» e, anzi, rappresentano lo «schema di ammissione [...] di persone bisognose di protezione internazionale che totalizza», per quanto riguarda il *nostro* Paese, «il maggior numero di arrivi»⁹.

Per il momento, tuttavia, questo strumento non è 'a regime'. Il suo impiego, difatti, è reso possibile, per periodi di tempo limitati e per un numero definito di beneficiari, da singoli protocolli d'intesa siglati di volta in volta tra alcuni enti privati promotori (sinora principalmente la Comunità di Sant'Egidio e la Conferenza episcopale italiana) e le pubbliche amministrazioni competenti (i ministeri degli affari esteri e dell'interno).

A oggi, in particolare, ne sono stati sottoscritti cinque: il primo, nel 2015, per l'apertura di corridoi da Libano, Marocco ed Etiopia, rinnovato alla fine

⁵ Stando ai dati disponibili sul sito internet istituzionale della Comunità di Sant'Egidio, al 31 maggio 2024 i corridoi umanitari avevano consentito l'accesso protetto in Italia a 6.244 persone, alle quali si sono più di recente aggiunte le 191 arrivate dall'Afghanistan il 21 giugno e le 51 giunte dalla Siria il 5 luglio.

⁶ Il dato è tratto dall'indirizzo internet <https://www.unhcr.org/global-trends>.

⁷ Questo dato è tratto dal sito internet istituzionale dell'UNHCR attraverso il *software Data finder* (<https://rsq.unhcr.org/en/#;Q5F>). Differisce quello pubblicato a giugno 2024 dalla *European Union Agency for Asylum*, per la quale in Italia sarebbero state reinsediate, solo negli anni 2022 e 2023, oltre duemila persone (il report è consultabile all'indirizzo <https://euaa.europa.eu/publications/asylum-report-2024>), contro le circa ottocento stimate nello stesso periodo dall'UNHCR.

⁸ Tra i Paesi più attivi (vedi sempre i dati disponibili sul sito internet istituzionale dell'UNHCR consultabili attraverso il *software Data finder*) vi sono la Germania (42.021 ingressi protetti), la Svezia (32.238), la Francia (33.015), la Norvegia (26.181) e l'Olanda (13.760). A seguire, ma sempre davanti all'Italia in rapporto alla popolazione, Finlandia (9.494), Spagna (8.795), Belgio (5.853, ai quali si assommano i 610 ingressi protetti assicurati attraverso corridoi umanitari), Irlanda (3.059) e Portogallo (2.342). Tale 'ritardo', naturalmente, trova almeno in parte una sua spiegazione nella circostanza che, di là dal programma di *resettlement* delle Nazioni Unite, l'Italia accoglie ogni anno decine di migliaia di richiedenti asilo che arrivano spontaneamente via mare dal Nordafrica.

⁹ R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., pp. 7 e 8.

del 2017; il secondo, all'inizio del 2017, da Etiopia, Niger e Giordania, rinnovato nel 2019; il terzo, nel 2021, dall'Afghanistan¹⁰.

Nelle pagine che seguono si esaminerà il contenuto di tali protocolli, guardando in special modo alla forma di collaborazione pubblico-privato alla quale essi hanno dato vita (§2) e ai criteri di selezione dei beneficiari (§§ 3-4).

Dal primo punto di vista, si osserverà che le intese siglate sinora, da un lato, rinvencono nell'impegno civico la loro cifra essenziale; dall'altro, conservano in capo alle amministrazioni statali importanti funzioni concernenti i controlli di sicurezza e, soprattutto, il rilascio dei titoli di ingresso e di soggiorno.

Da qui la seconda questione. Posto che tali protocolli sollecitano l'esercizio di poteri pubblici, si proverà a capire se e in quale misura l'apertura dei corridoi umanitari sia vincolata al rispetto dei principi dell'azione amministrativa e, in particolare, se osti al principio di imparzialità il riconoscimento agli enti promotori di una ampia libertà di scelta nella selezione dei beneficiari.

2. *La collaborazione pubblico-privato*

Lo schema italiano dei corridoi umanitari è plasmato su quello delle *sponsorships* elaborate nell'ambito del *Canadian Refugee and Humanitarian Resettlement Program*¹¹, con il quale condivide quattro principi ispiratori: la spinta

¹⁰ Il primo protocollo d'intesa, avente a oggetto l'apertura di corridoi umanitari verso l'Italia dal Libano, dal Marocco e dall'Etiopia, è stato siglato il 15 dicembre 2015 tra il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale, il Ministero dell'Interno, la Comunità di Sant'Egidio, la Federazione delle Chiese Evangeliche, la Tavola Valdese e la Conferenza Episcopale Italiana. Esauriti i primi 1.000 beneficiari, tale protocollo è stato rinnovato il 7 novembre 2017 per altri 1.000 con la sottoscrizione di una nuova intesa. Il secondo protocollo è stato siglato il 12 gennaio 2017 tra il Ministero degli Esteri, il Ministero dell'Interno, la Comunità di Sant'Egidio e la Conferenza Episcopale Italiana per l'apertura di corridoi umanitari verso l'Italia dall'Etiopia, dal Niger e dalla Giordania. Anche questo protocollo, inizialmente attivato per un numero massimo di 500 beneficiari, è stato rinnovato il 3 maggio 2019 per altre 600 persone con la sottoscrizione di una nuova intesa. Più di recente, nel novembre 2021, il Ministero degli Esteri e il Ministero dell'Interno hanno firmato un protocollo con la Comunità di Sant'Egidio, la Federazione delle Chiese Evangeliche, la Tavola Valdese, la Conferenza Episcopale Italiana, l'Arci, l'Istituto Nazionale Migranti e Povertà, l'Organizzazione internazionale per le Migrazioni e l'UNHCR per l'apertura di corridoi umanitari verso l'Italia dall'Afghanistan a favore di un numero massimo di 1.200 beneficiari. Il secondo e il quarto protocollo sono allegati a M.M. PAPPALARDO (a cura di), *I corridoi umanitari per i richiedenti asilo*, cit. Il quinto è consultabile sul sito internet istituzionale del Ministero dell'Interno. Il primo e il secondo non sono invece stati pubblicati. Si ringrazia il prof. Roberto Morozzo Della Rocca per averli cortesemente messi a disposizione dell'Autore.

¹¹ Lo nota C. RICCI, *The Necessity for Alternative Legal Pathways*, cit., pp. 267-268. Per

propulsiva degli enti privati promotori; il riconoscimento agli stessi di una ampia autonomia nella individuazione dei beneficiari, sia pure in base a criteri predeterminati; l'impegno degli enti promotori di farsi carico degli oneri finanziari, burocratici, organizzativi e logistici connessi al trasferimento, alla prima accoglienza e alla integrazione dei beneficiari, secondo un modello di tipo «adozionale»¹²; la proiezione verso una stabile integrazione dei migranti nelle comunità di destinazione, con benefici anche per queste ultime, secondo una logica «win-win»¹³.

In linea con questa impostazione, di assegnazione ai promotori privati di un ruolo centrale e pressoché esclusivo nella materiale attuazione dei corridoi, tutti i protocolli d'intesa sottoscritti sinora (con la sola eccezione, in certa misura, di quello del 2021 concernente l'Afghanistan¹⁴) specificano, attraverso una clausola di invarianza finanziaria, che «il progetto risulta totalmente autofinanziato e non comporta [...] alcun onere a carico dello Stato italiano».

Le cose tuttavia sono più complicate, nella misura in cui, sebbene sia indubbio il grande sforzo richiesto ai privati, decisivi per il progetto restano i compiti affidati alle pubbliche amministrazioni coinvolte.

Agli enti promotori competono: *i*) la individuazione dei «potenziali destinatari del progetto» e la predisposizione, per ciascuno di essi, di «dossier individuali e familiari»; *ii*) il trasferimento in Italia delle persone ammesse; *iii*) l'adempimento degli oneri concernenti la prima accoglienza (compresa l'assistenza legale per la presentazione della richiesta di protezione interna-

un confronto tra il modello dei corridoi umanitari e il sistema delle sponsorizzazioni canadesi, vedi in particolare L. GALLI, *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nei corridoi umanitari*, cit. Un quadro sintetico del modello canadese si trova all'indirizzo <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/refugees/canada-role.html>.

¹² Secondo la formula utilizzata nel 2016 da Daniela Pompei, allora responsabile per i servizi agli immigrati della Comunità di Sant'Egidio in un articolo apparso sull'*Avvenire* del 2 ottobre 2016 (lo riferisce M. SOSSAI, *Canali di ingresso legale*, cit., p. 88, nota 32). Su questo aspetto, vedi più diffusamente P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., pp. 148-153.

¹³ M. IMPAGLIAZZO, *Intervento*, in AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit., p. 28. Come dimostrano le ventinove storie raccontate da M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., sovente sono gli stessi *sponsor* privati a trarre beneficio dall'attivazione del corridoio: quel «siamo più ricchi tutti» (p. 168), che è riferito innanzitutto all'aspetto relazionale, fatto di «reti esistenti [...] che forse non si organizzerebbero [...] senza l'occasione offerta dal programma dei Corridoi» (p. 378).

¹⁴ Qui, difatti, l'esigenza politica di tutelare coloro che avevano collaborato con il contingente italiano durante l'occupazione NATO ha fatto sì che le amministrazioni pubbliche coinvolte si siano fatte carico sia dei costi di trasferimento di tutti i 1.200 potenziali beneficiari che, per un terzo di essi, di quelli di accoglienza e integrazione.

zionale¹⁵) e l'«inserimento socioculturale per un congruo periodo di tempo» (come per esempio l'attivazione di percorsi di «acquisizione delle competenze linguistiche» e di apprendimento di «abilità lavorative e sociali»¹⁶)¹⁷.

L'obiettivo è «favorire la stabilizzazione in Italia»¹⁸, così da «offrire una prospettiva a lungo termine»¹⁹. Agli enti privati, pertanto, è espressamente richiesto di dare forma a quel *modello adozionale* al quale si è fatto cenno dianzi, definendo insieme ai beneficiari «un vademecum di bisogni» che comprenda i piani affettivo, burocratico, abitativo, sanitario, occupazionale e scolastico²⁰ al fine di creare «un rapporto immediato» con la popolazione locale che vada dall'iscrizione di bambini e adulti alle scuole, fino alla ricerca del lavoro²¹.

Tre sono invece i compiti assegnati alle amministrazioni statali: *i*) l'effettuazione dei controlli di sicurezza sui potenziali beneficiari; *ii*) il rilascio del titolo d'ingresso in Italia; *iii*) la predisposizione per i beneficiari di un canale privilegiato per l'ottenimento della protezione internazionale.

Il primo ha portata generale ed è fondamentale per la tenuta stessa del progetto, come conferma l'enfasi posta nei negoziati sul termine «sicurezza», sia di «chi parte», sia di «chi accoglie»²².

Il secondo profilo è, invece, un tratto distintivo del programma in esame, che contempla il rilascio, per la prima volta su ampia scala, del visto umanitario a validità territoriale limitata di cui all'art. 25 del Regolamento UE n. 810/2009, in precedenza utilizzato soltanto «a dosi omeopatiche»²³.

Ancora più importante è il terzo profilo. Il Ministero dell'Interno, in base ai protocolli d'intesa, «si impegna a portare a conoscenza delle Commissioni

¹⁵ Si veda per esempio l'art. 4, comma 1, del protocollo del 2019.

¹⁶ Vedi sempre l'art. 4, comma 1, del protocollo del 2019, ma un impegno analogo è contenuto nell'art. 4, comma 2, del secondo protocollo (il primo tra i due del 2017). Silente è sul punto il primo protocollo (2015), ma è indubbio che il progetto dei corridoi umanitari abbia collocato sin dall'inizio a carico degli enti promotori gli oneri di integrazione dei beneficiari (R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., p. 102).

¹⁷ In questi termini, sia pur con qualche differenza non di particolare rilievo, l'art. 3 di ciascun protocollo d'intesa.

¹⁸ Così, letteralmente, l'art. 4, comma 5, lett. d), del secondo protocollo (il primo tra i due del 2017).

¹⁹ G. GORI, F. KENDALL (a cura di), *Documento programmatico*, cit., p. 3.

²⁰ M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., p. 113.

²¹ M. SOSSAI, *Canali di ingresso legale*, cit., p. 88. Su questi aspetti v. anche M. IMPAGLIAZZO, *I corridoi umanitari*, cit., pp. 179-180, ma soprattutto le storie di integrazione raccontate da M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., pp. 7-380.

²² M. IMPAGLIAZZO, *Intervento*, cit., p. 28.

²³ Ivi, p. 88.

territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale [...] le finalità e le modalità operative del [...] progetto»²⁴. E ciò al fine di ovviare (se non con certezza, quantomeno con buone probabilità di successo) a uno dei profili di maggiore criticità del programma in esame, che consente l'eleggibilità a prescindere da un previo riconoscimento di meritevolezza di protezione internazionale da parte dell'UNHCR: come si chiarirà meglio più avanti, infatti, per quanto gli individui ammessi debbono necessariamente trovarsi in uno stato di particolare vulnerabilità, la loro elezione dipende pur sempre da una valutazione fatta sul campo dagli operatori, suscettibile in astratto di essere smentita dalle commissioni preposte a esaminare le domande di protezione internazionale; rendere edotte queste ultime delle finalità e delle modalità operative dei corridoi tende pertanto a ridurre al minimo il rischio di eventuali rigetti.

Dato quindi l'impatto di tali compiti (o impegni) sulle risorse umane, strumentali e finanziarie delle amministrazioni coinvolte, può dirsi che, a dispetto dell'anzidetta clausola di invarianza finanziaria, l'apertura di corridoi umanitari comporta dei costi 'diretti' anche a carico dello Stato²⁵. A questi, inoltre, vanno aggiunti quelli assunti a livello territoriale (per espressa previsione legge²⁶ o per decisione dei singoli enti²⁷) e quelli 'indiretti', connessi all'esigenza di assicurare ai beneficiari dei corridoi umanitari l'accesso alla giustizia, l'istruzione e il diritto alla salute (che in concreto assumono peraltro particolare rilevanza²⁸)²⁹.

²⁴ Così l'art. 4, comma 3, del secondo protocollo (il primo tra i due del 2017).

²⁵ Ne dà atto anche R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., p. 102, il quale, pur sottolineando che «nullo era l'esborso in denaro richiesto allo Stato», al contempo riconosce che quest'ultimo avrebbe comunque dovuto fornire «supporto amministrativo e investigativo, garantendo la legalità delle procedure».

²⁶ Come dimostra la scelta fatta da ultimo dal d.l. 10 marzo 2023, n. 20, di includere chi entra in Italia attraverso i corridoi umanitari nel «sistema di accoglienza e integrazione» apprestato dagli enti locali ai sensi dell'art. 1-*sexies*, comma 1, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416.

²⁷ È questo il caso dei 'corridoi trentini', sui quali v. M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., pp. 63-82.

²⁸ Come segnala R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., p. 138, infatti, «una percentuale variabile tra il 5% e il 10% dei beneficiari di ciascun corridoio presenta gravi patologie che necessitano cure specialistiche, interventi chirurgici, servizi aggiuntivi al sistema sanitario» (analoga mente M. IMPAGLIAZZO, *Le vie dell'integrazione 'latina'*, cit., p. 128).

²⁹ F. KENDALL, G. GORI, *Corridoi umanitari europei: una via per il futuro*, in AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit., p. 38. D'altra parte, sono le stesse due Autrici nel loro *Documento programmatico*, cit., a riferire che lo strumento dei corridoi umanitari è «praticabile» proprio «in quanto la responsabilità viene condivisa tra attori diversi, tra cui il governo, le ONG internazionali e la società civile» (p. 3) e a «presume[re] che l'accoglienza venga attuata» non soltanto «presso strutture gestite dalla società civile» ma anche «presso strutture gestite dal

Come si vede, dunque, i protocolli d'intesa che disciplinano i corridoi umanitari nell'esperienza italiana definiscono un interessante modello di *partnership* asimmetrica tra soggetti privati e soggetti pubblici: i primi assicurano un fondamentale apporto (anche finanziario), senza il quale tale strumento non avrebbe, allo stato attuale, alcuna possibilità di realizzazione; i secondi, a livello nazionale ma talora anche locale, sono chiamati a svolgere funzioni di amministrazione attiva altrettanto indispensabili per la realizzazione del progetto.

3. *La selezione dei beneficiari: la progressiva "normativizzazione" dei criteri*

La circostanza che i corridoi umanitari contemplino l'esercizio di funzioni amministrative pone in primo piano il problema dei criteri di selezione dei beneficiari e in special modo della loro compatibilità con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

La questione è tuttavia delicata perché impatta su uno dei profili che, almeno in origine, maggiormente aveva caratterizzato il progetto in esame, nel quale, a differenza del *resettlement program* dell'UNHCR, l'«unico punto di riferimento per l'eleggibilità» doveva essere rappresentato dal criterio della vulnerabilità³⁰.

In effetti, a questa impostazione di fondo sono ispirati tutti i protocolli d'intesa sottoscritti sinora, nella misura in cui essi, pur rivolgendosi innanzitutto alle persone considerate «meritevoli [...] del riconoscimento dello *status* di rifugiato» da parte dell'UNHCR³¹, prendono poi in considerazione una più ampia categoria di potenziali beneficiari, individuati genericamente sulla base del canone della 'vulnerabilità'.

È però poi nel tentativo di definire questo canone che si è assistito nei fatti, anche in materia di corridoi umanitari, a una progressiva normativizzazione dei criteri di selezione³².

governo» (p. 5). Si veda anche O. FORTI, *Intervento*, cit., p. 48: «l'architrave dell'approccio deve essere la complementarità degli interventi, in cui le politiche migratorie siano parte di un sistema di politiche di welfare soprattutto per quel che riguarda l'inserimento sui territori, evitando che siano il privato, seppur solidale e benevolo, o la Chiesa a sostituirsi agli Stati e agli obblighi derivanti da convenzioni internazionali favorendo una deresponsabilizzazione pubblica che non giova alla sostenibilità del sistema».

³⁰ E.C. DEL RE, *Da corridoi umani a corridoi di sviluppo*, in AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit., p. 16, dove sono riferite le parole di una ex Viceministra per gli Affari Esteri.

³¹ V. l'art. 3, comma 1, lett. a), dei primi quattro protocolli (2015, 2017 e 2019) e l'art. 3, comma 2, lett. a), dell'ultimo (2021).

³² Su questi aspetti vedi C. RICCI, *Ammissione di stranieri*, cit., pp. 315-317.

I primi tre protocolli, in una logica di massima flessibilità, si limitano a individuare i beneficiari 'non-UNHCR' tra coloro che si trovano in una «particolare condizione di vulnerabilità» per la «situazione personale», l'«età» o le «condizioni di salute»³³.

Parzialmente diverso è il quarto protocollo (quello del 2019, che ha rinnovato l'accordo del 2017 per l'apertura di corridoi da Etiopia, Niger e Giordania), che, oltre a restringere il novero dei beneficiari a chi, pur non ricompreso nelle liste UNHCR, possieda comunque i requisiti per un suo eventuale inserimento³⁴, introduce due ulteriori precisazioni: per un verso, nel sottolineare che la condizione di vulnerabilità va «accertata» sul campo dagli operatori degli enti privati promotori, precisa che, «ai fini dell'acquisizione di eventuali ulteriori elementi conoscitivi», debba essere «sentita l'UNHCR»; per altro verso, pur rinnovando il richiamo alla situazione personale, all'età ed alle condizioni di salute, aggiunge che la selezione debba in ogni caso avvenire «in conformità ai criteri espressi dall'art. 17 del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142»³⁵.

Così, non solo compare la 'copertura istituzionale' dell'UNHCR, esclusa nei primi tre protocolli, ma si qualifica il criterio della vulnerabilità con riferimento ai criteri previsti dalla normativa interna.

A ben vedere, però, i nuovi vincoli non sono particolarmente stringenti.

Da un lato, il parere dell'UNHCR è eventuale, in quanto il quarto protocollo precisa che gli ulteriori elementi conoscitivi debbano «pervenire in un termine compatibile con lo svolgimento delle operazioni programmate»³⁶. Seguendo il principio generale in materia di pareri (art. 16, l. n. 241/1990), il

³³ Così gli artt. 3, comma 1, lett. b), dei primi tre protocolli (del 2015 e del 2017). Riferisce C. RICCI, *Ammissione di stranieri*, cit., p. 316, che il primo protocollo elencherebbe esemplificativamente le «donne sole con bambini», le «donne vittime di tratta», i «minori non accompagnati», gli «anziani», i «disabili», le «vittime di traumi» e le persone «in gravi condizioni di salute». Ancora, spiega l'Autrice (*The Necessity for Alternative Legal Pathways*, cit., pp. 271-273) che «the second and third memorandum provided for the extension to other categories of migrants not otherwise covered by Geneva convention» e che «differently from the first MoU, the second and third generically deal with all those persons finding themselves in conditions of serious "vulnerability determined by their personal situation, age or state of health", without any indication – not even by way of illustration – on the causes determining those conditions or on the specific underprivileged categories» (p. 272). Nei protocolli che l'A. di questo scritto ha potuto consultare, tuttavia, le differenze rammentate da Ricci non risultano.

³⁴ Ferma restando, precisa l'art. 3, comma 2, lett. b), del quarto protocollo (2019), la «condizione di vulnerabilità». Una precisazione, quest'ultima, inutile e ripetitiva, nella misura in cui un rifugiato è giocoforza soggetto vulnerabile.

³⁵ Art. 3, comma 2, lett. b), del quarto protocollo (2019).

³⁶ Art. 3, comma 2, lett. b), del quarto protocollo (2019).

quarto protocollo intende dunque evitare che quello dell'Alto Commissariato, benché obbligatorio (nel senso che deve essere necessariamente richiesto), possa, tardando, finire per compromettere la speditezza delle operazioni di selezione.

Dall'altro lato, va considerato che il richiamato art. 17 del d.lgs. n. 142 del 2015, nel definire i criteri di vulnerabilità, elenca a titolo esemplificativo un'ampia gamma di ipotesi («i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone [...] che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali»), destinate a loro volta a lasciare ampi margini di scelta nella selezione.

Pertanto, nonostante una parziale 'normativizzazione' dei criteri, il risultato non è dissimile da quello dei primi tre protocolli, essendo anche qui la vulnerabilità declinata attraverso il richiamo a circostanze che attengono alla situazione personale, all'età o alle condizioni di salute.

Un cambiamento più incisivo è intervenuto invece con l'ultimo protocollo (quello del 2021 per l'apertura di un corridoio umanitario dall'Afghanistan), nel quale si precisa che l'ammissione di persone non ricomprese nelle liste UNHCR può avvenire solo a condizione che si tratti di soggetti comunque in possesso dei requisiti previsti dagli artt. 11 e 17 del d.lgs. n. 251 del 2007 per il riconoscimento della protezione internazionale (e che non sussistano le cause di esclusione previste agli artt. 10 e 16)³⁷.

Esso, inoltre, derubrica la «comprovata condizione di vulnerabilità», da requisito di ammissione, a semplice criterio preferenziale³⁸, chiarendo altresì che i beneficiari devono in ogni caso trovarsi «in evidente bisogno di protezione internazionale secondo quanto previsto dalla normativa nazionale e dell'Unione europea vigente in materia»³⁹.

Come si intuisce, pertanto, qui la 'normativizzazione' dei criteri di selezione non è più soltanto simbolica, come nel quarto protocollo, ma assume una connotazione concreta: attraverso il richiamo agli artt. 11 e 17 del d.lgs. n. 251 del 2007, infatti, l'eleggibilità è ristretta ai soli soggetti che siano in possesso dei requisiti per l'ottenimento dello *status* di rifugiato o di altra forma di protezione.

³⁷ Art. 2, comma 2, lett. b), del quinto protocollo (2019).

³⁸ Art. 2, comma 3, del protocollo del 2021.

³⁹ Così l'art. 2, comma 2, lett. a), e comma 3, e l'art. 3, comma 2, del protocollo del 2021.

Forse neppure questa precisazione, in fondo, sposta di molto il risultato, posto che, se un soggetto è in condizione di particolare vulnerabilità, verosimilmente sarà anche in possesso dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale. A risultare alterato però è il baricentro del progetto, che, mentre nei primi tre protocolli risulta tarato sulla libera scelta dei beneficiari da parte degli enti promotori, nel quarto e in special modo nel quinto prevede l'impiego di criteri di selezione parametrati sulla base di precisi referenti normativi.

4. *La selezione dei beneficiari (segue): l'autonomia di scelta dei promotori, tra principio di imparzialità ed esigenze di integrazione dei beneficiari*

La maggiore attenzione riservata dall'ultimo protocollo ai criteri di selezione dei beneficiari è probabilmente dovuta al fatto che qui, a differenza degli altri, è contemplato un impegno finanziario diretto da parte dello Stato⁴⁰.

Tuttavia, sebbene altrove si sia ragionato in tal senso⁴¹, nel caso dei corridoi umanitari non è il coinvolgimento pubblico sul piano finanziario a imporre l'obbligo di imparzialità nella selezione dei beneficiari. Viceversa, come si è anticipato all'inizio del precedente paragrafo, a suggerire l'esigenza di una piena applicazione di tale principio parrebbe la circostanza che i protocolli contemplano, tra le altre cose, anche l'esercizio di poteri amministrativi (e, specialmente, quelli di rilascio del visto e di riconoscimento della protezione internazionale).

Senonché, l'eliminazione dell'autonomia dei promotori nella scelta dei beneficiari, peraltro caldeggiata dai funzionari ministeriali⁴², rischierebbe in concreto di mettere a repentaglio la «buona riuscita» del progetto⁴³.

⁴⁰ Come si è detto *supra* in nota, qui lo Stato si è fatto carico dei costi di trasferimento di tutti i potenziali beneficiari e, per un terzo di essi, anche di quelli di accoglienza e integrazione.

⁴¹ Si è per esempio ritenuto in dottrina, in una fattispecie non troppo distante da quella in esame (il *social housing*), che, in presenza di prestazioni erogate attraverso forme di collaborazione pubblico-privato, la scelta dei beneficiari dovrebbe essere affidata in modo «dipendente e proporzionale alla ripartizione del rischio economico» tra gli attori coinvolti (lo segnala C. PREVETE, *Housing sociale: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, pp. 529 ss., citata da I. PIAZZA, *Intervento pubblico, iniziativa privata e tutela dei diritti nel social housing*, in A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022, p. 343).

⁴² Essi infatti ritenevano necessario o quanto meno «prudente» attenersi agli elenchi dell'UNHCR onde evitare «di far spazio a criteri soggettivi, in funzione dei rapporti personali stabiliti con i profughi» (R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., pp. 85-92).

⁴³ R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., p. 95. Insiste l'A. a p. 104: «non si

Come si è anticipato (*supra*, §3), l'obiettivo di tale strumento di mobilità internazionale non è solo di «indicare una via» praticabile ed efficiente «per una immigrazione che esce dall'illegalità», ma di proporsi come «modello [...] per il "dopo"», cioè per l'accoglienza e per l'integrazione⁴⁴.

In questa logica, il processo di selezione tende ad andare oltre una sommaria valutazione dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale, poiché questi non offrono una garanzia di concreta capacità di inserimento nel tessuto sociale di destinazione. Non si tratta tanto di esaminare una per una le migliaia di segnalazioni al fine di stilare una sorta di 'graduatoria per titoli', ma di stabilire una «relazione» con i potenziali beneficiari attraverso colloqui («tre come minimo») finalizzati da un lato a esaminare la storia personale di ciascuno («situazioni familiari e sociali», «ragioni della fuoriuscita dal proprio paese», «formazione culturale e professionale», «fattori di vulnerabilità», etc.), dall'altro a verificare le motivazioni degli intervistati nell'avviare un processo di integrazione in Italia (chiarendo per esempio che sarà rilasciato un visto a validità territoriale limitata, che non si potrà fare ritorno nel Paese di provenienza e che si avrà l'obbligo di partecipare a percorsi d'integrazione basati «sul rispetto delle [...] leggi, sull'apprendimento della lingua, sulla scolarizzazione dei minori, sull'accettazione del lavoro»)⁴⁵.

Accanto alla «pre-departure preparation of the beneficiaries», una crescente attenzione è rivolta alla «pre-arrival orientation of the local communities»⁴⁶, volta a creare in anticipo «un ambiente [...] accogliente» nel luogo di destinazione⁴⁷.

Così è accaduto per esempio a Boves, in provincia di Cuneo, dove nel 2019 è stato convocato un incontro pubblico con «volantini porta a porta» per verificare la disponibilità della comunità locale a ospitare una famiglia di siriani: ai partecipanti sono state mostrate le foto delle persone selezionate e di ciascuna è stata raccontata la storia individuale e questo «*whole-of-society approach*»⁴⁸

tratta di capricci ma di desideri correlati al tipo di ambiente in cui i richiedenti asilo andranno a inserirsi, e anche correlati alle possibilità logistiche, alle possibilità di cure, alle possibilità di lavoro, in funzione di una più facile inclusione nella società di approdo»; «la posta in gioco», detto in altre parole, «è l'integrazione».

⁴⁴ M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., pp. 374-375.

⁴⁵ R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., pp. 125-127.

⁴⁶ Lo sottolineano D. ALBANESE, M. TARDIS, *Safe and Legal Pathways for Refugees*, cit., p. 98.

⁴⁷ M. SOSSAI, *Canali di ingresso legale*, cit., p. 88. Analogamente M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., p. 155, per il quale occorre fare in modo che «i profughi», «prima di arrivare» in Italia, «acquist[ino]» presso la comunità di destinazione «un volto» e «un aspetto umano».

⁴⁸ C. RICCI, *The Necessity for Alternative Legal Pathways*, cit., p. 266.

ha consentito di realizzare una «filiera dell'integrazione»⁴⁹ talmente virtuosa che uno degli ospiti ha trovato lavoro in tempi molto brevi e ha rinunciato con tre mesi di anticipo al «salario umanitario» per sé e per l'intera famiglia⁵⁰.

La complessità della questione giuridica emerge così in tutta la sua specificità. Dietro il *favor* dei promotori per criteri di eleggibilità elastici vi è l'esigenza di assicurare la corrispondenza tra migranti e ambiente di destinazione, facendo leva sulla disponibilità di singoli individui, comunità locali, chiese, associazioni, reti sociali e gruppi familiari a occuparsi dell'ospitalità e del sostentamento dei beneficiari selezionati per un congruo periodo di tempo⁵¹: negata la libertà di scelta, risulterebbe compromessa «la componente di sponsorship» (cioè «la disponibilità all'accoglienza in Italia») e diminuirebbe di conseguenza «la chance d'integrare presto e bene»⁵².

In gioco non è dunque solo la volontà politica di assicurare la «complementarietà» di tale strumento di mobilità rispetto ai programmi esistenti⁵³ e di evitare che «la spinta per un maggiore impegno di solidarietà delle società civili» possa andare «a compensazione» con gli impegni degli Stati verso l'U-

⁴⁹ P. NASO, *Conclusioni*, cit., p. 56.

⁵⁰ M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., pp. 155-157.

⁵¹ Vedi a questo proposito l'art. 2, comma 2, dei primi quattro protocolli (quello del 2015, i due del 2017 e quello del 2019). Più articolata è invece la disposizione analoga nel protocollo del 2021 (contenuta stavolta nel comma 3 dell'art. 3), nella quale, oltre agli «ulteriori fattori» menzionati nel testo, ne sono indicati altri cinque: «persone che dimostrano legami familiari, anche se non ricompresi nell'ambito dei familiari ricongiungibili ai sensi della normativa europea, con cittadini afgani regolarmente presenti in Italia o giunti di recente proprio in attuazione del programma di evacuazione di emergenza attuato nell'agosto 2021»; «persone che per l'attività svolta in Afghanistan, per il loro ruolo professionale o per le posizioni pubbliche assunte in passato sono particolarmente esposti al rischio della vita, dell'incolumità personale o della libertà personale»; «persone che hanno collaborato con il contingente italiano in Afghanistan o con le organizzazioni legate alla cooperazione internazionale italiana in Afghanistan»; «persone che sono già state segnalate ai ministeri competenti perché fossero comprese nel ponte aereo per l'evacuazione effettuata nell'agosto 2021 e che per la criticità di quel momento non hanno potuto lasciare l'Afghanistan»; «persone che si trovano in una comprovata situazione di vulnerabilità personale, che non può essere adeguatamente affrontata nel paese di transito e che deve essere compatibile con le capacità di accoglienza affinché possa essere adeguatamente affrontata in Italia».

⁵² R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., pp. 88-93. Secondo Daniela Pompei, capodelegazione della Comunità di Sant'Egidio (ivi riportate alle pp. 89-90), i corridoi richiedono una «necessaria autonomia in quanto esercizio di *sponsorship* basato su una scelta consapevole dei beneficiari», da cui dipende «il percorso virtuoso dell'integrazione».

⁵³ O. FORTI, *Intervento*, in AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit., p. 48.

nione europea e l'UNHCR⁵⁴. In gioco è la specialità dei corridoi umanitari e, in definitiva, la loro stessa esistenza quale programma di mobilità internazionale «inscindibile dalla libertà di scelta dei beneficiari»⁵⁵.

Ciò, naturalmente, non manca di generare tensioni con i principi generali dell'agire pubblico. Per quanto lo schema dei corridoi umanitari ambisca a superare ogni «categorizzazione» per «gruppo etnico», «appartenenza religiosa», «classe d'età», «genere» o «livello di istruzione»⁵⁶ e rivendichi la propria «natura laica», come testimonierebbe la «sostanziale equità nel credo di appartenenza dei beneficiari»⁵⁷, il riconoscimento agli enti promotori di così ampi margini di discrezionalità nella selezione espone questa procedura a parzialità e discriminazioni. Come è stato osservato, infatti, «the criteria used in selection processes are in theory based on vulnerability but are in practice linked to political [...] rationales», con la conseguenza che, all'atto pratico, nella selezione dei beneficiari «there is always a partiality»⁵⁸. Non solo perché l'esigenza di integrare presto e bene rischia di indurre gli enti promotori a preferire certe etnie o religioni a scapito di altre, ma anche perché lo stesso criterio della vulnerabilità può, tra l'altro⁵⁹, alimentare discriminazioni e stereotipi, come accade per esempio nel caso della preferenza per donne e bambini, che rafforza il pregiudizio nei confronti degli uomini, specialmente se giovani e soli⁶⁰.

Epperò, al netto delle criticità appena rammentate, vi sono forse nel caso di specie ragioni per escludere l'esigenza di una applicazione formalistica del principio di imparzialità.

Innanzitutto, è da considerare che tale principio deve sempre essere temperato con il buon andamento, che impone di escludere rigidità suscettibi-

⁵⁴ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa*, cit., p. 17.

⁵⁵ R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., p. 88.

⁵⁶ E.C. DEL RE, *Da corridoi umani a corridoi di sviluppo*, cit., p. 16.

⁵⁷ F. BRIZI, *Intervento*, in AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit., p. 24. Sebbene, va anche detto, l'«ispirazione cristiana» dell'«esperienza dei corridoi umanitari» sia rivendicata espressamente dagli enti promotori (P. NASO, *Conclusioni*, in AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile*, cit., p. 60).

⁵⁸ S. TROTTA, *Safe and Legal Passages to Europe*, cit., pp. 11 e 30.

⁵⁹ Rileva S. TROTTA, *Safe and Legal Passages to Europe*, cit., p. 12, che il criterio della vulnerabilità talvolta «led to instances of refugees deliberately acting to worsen their health conditions in order to enhance their likelihood of being selected».

⁶⁰ Segnala in proposito ancora S. TROTTA, *Safe and Legal Passages to Europe*, cit., p. 32, che «the priority given to family and women and children replicates a heteronormative framework and potentially reinforces the stereotype of lone male refugees as a threat to the host society».

li di mettere a rischio il conseguimento del risultato prefissato per la migliore tutela dell'interesse pubblico.

In secondo luogo, i compiti assegnati dai protocolli agli enti promotori non sembrano qualificabili come 'attività amministrative' ovvero come esercizio privato di pubbliche funzioni. I protocolli e le norme rilevanti non riconosco ai potenziali beneficiari del programma alcuna pretesa giuridicamente rilevante, né la possibilità di proporre una domanda per l'inserimento nello stesso. Pertanto è da escludere l'applicabilità della disciplina pubblicistica richiamata dall'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990⁶¹.

Nel caso di specie, poi, la soddisfazione del principio di imparzialità è almeno in parte assicurata 'a monte': da un lato, attraverso la selezione, da parte dei ministeri coinvolti, di *partner* privati dotati di requisiti di specchiata serietà e affidabilità; dall'altro, grazie alla predeterminazione, nei protocolli, di criteri di selezione generali e astratti e, per quanto possibile, agganciati a referenti normativi (v. *sub* §3).

Ancora, non si può dimenticare che, mentre ai promotori privati è demandata un'attività di natura puramente 'istruttoria', l'esercizio dei poteri di ammissione al territorio dello Stato dei soggetti selezionati e di riconoscimento a loro favore della protezione internazionale resta in capo alle amministrazioni competenti, che li esercitano, naturalmente, anche nel rispetto del principio di imparzialità: dunque, per esempio, ove ravvisino che uno o più soggetti sono stati ammessi al programma per ragioni diverse dalla condizione di vulnerabilità, ben possono adottare provvedimenti di diniego.

Infine, va ricordato che tutti i protocolli d'intesa contemplano l'esistenza di un nucleo di coordinamento e di valutazione dei risultati. Dunque, purché questo si faccia carico, tra le altre cose, anche di monitorare la selezione, preferibile parrebbe conservare l'attuale libertà di scelta dei beneficiari da parte degli enti promotori ed evitare che una loro 'imposizione dall'alto' possa determinare in concreto il fallimento dell'intero progetto⁶².

⁶¹ Sull'esercizio privato di funzioni pubbliche la letteratura è molto ampia. Ci si limita quindi a rinviare al recente contributo di L. PARONA, *L'esercizio privato di funzioni pubbliche: limiti e regime nel diritto italiano e statunitense*, Torino, 2023. Sull'applicazione del principio di imparzialità ai soggetti privati che svolgono attività amministrative, v. I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, 2021, pp. 154 ss.

⁶² Si potrebbe tutt'al più ipotizzare di affidare al nucleo di coordinamento e di valutazione dei risultati anche funzioni di tipo giustiziale, immaginando la possibilità, almeno per coloro che hanno preso parte alle interviste con gli operatori degli enti promotori e poi non sono stati selezionati, di presentare un reclamo. Questa possibilità andrebbe però valutata attentamente

5. *I corridoi umanitari, dei «catalizzatori di speranza in un tempo di crisi di senso»⁶³*

Nati come strumento sperimentale e innovativo, i corridoi umanitari si sono fatti apprezzare per la capacità di coniugare le istanze solidaristiche degli enti promotori con le esigenze di controllabilità e sicurezza rappresentate dalle istituzioni pubbliche: lo testimoniano i riconoscimenti internazionali⁶⁴; lo conferma la circostanza che, nel caso del corridoio afgano, siano stati i ministeri degli esteri e dell'interno, per primi, a ravvisare in questo strumento la soluzione migliore per soddisfare l'esigenza, innanzitutto politica, di garantire protezione internazionale ai collaboratori del contingente italiano⁶⁵; lo ha ribadito da ultimo la Camera dei deputati, che, con due ordini del giorno, ha impegnato il Governo a valutare l'opportunità di «intensificar[n]e la realizzazione»⁶⁶.

Come si è visto, il punto di forza di tale strumento sta nella sua proiezione verso il percorso di integrazione dei beneficiari. Lo strumento riesce così a evitare le secche di un dibattito politico spesso polarizzato tra semplificazioni di carattere securitario, che riducono il fenomeno migratorio a problema di ordine pubblico, e semplificazioni di tenore opposto, le quali mancano talora di vedere che «accogliere non è facile» e richiede programmazione e organizzazione⁶⁷.

Da qui l'anzidetto favore delle istituzioni pubbliche. Anche nel contesto attuale – poco incline a tollerare gli arrivi spontanei, anche se indotti da esigenze umanitarie – sembra consolidarsi una disponibilità a sostenere l'ingresso di migranti in condizione di vulnerabilità, purché ciò avvenga attraverso percorsi ordinati, sicuri e dignitosi e a fronte dell'impegno, da parte di soggetti privati di chiara affidabilità, a realizzare percorsi predefiniti di integrazione.

anche in considerazione dell'elevato numero di reclami che tale nucleo potrebbe potenzialmente trovarsi a ricevere e alle esternalità negative che ciò potrebbe determinare per il funzionamento dei corridoi umanitari.

⁶³ M. MARAZZITI, *Porte aperte*, cit., p. 73.

⁶⁴ Come rammenta il considerato n. 6 del Protocollo di intesa del 2021 per la realizzazione di un corridoio umanitario dall'Afghanistan, infatti, i corridoi umanitari sono valsi agli enti promotori l'aggiudicazione del Premio Nansen per i rifugiati dell'UNHCR 2019.

⁶⁵ Come dimostra la circostanza, ricordata *supra*, che i ministeri coinvolti abbiano accettato di farsi carico dei costi di trasferimento e, in parte, di accoglienza dei beneficiari.

⁶⁶ Si vedano gli ordini del giorno n. 9/1112/24 e n. 9/1112/72 approvati dalla Camera dei deputati nella seduta del 4 maggio 2023.

⁶⁷ R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Corridoi umanitari*, cit., p. 132.

Cionondimeno, i corridoi umanitari non hanno ancora trovato una loro precisa collocazione sul piano sistematico. Essi, infatti, oscillano tra il modello della *sponsorship* privata, che lo Stato, nella logica della sussidiarietà orizzontale, si 'limita' a favorire, e quello di uno strumento quasi-pubblico, che concorre, al pari di altri, alla realizzazione delle politiche in materia migratoria.

È questo un nodo che meriterebbe forse di essere sciolto, poiché è la preferenza per l'una o per l'altra opzione a indicare la misura della tollerabilità, da una parte, del coinvolgimento pubblico nella materiale realizzazione del progetto, e, dall'altra, della libertà di scelta dei beneficiari da parte degli enti privati.

Potrebbe allora essere auspicabile superare la logica dell'intesa 'occasionale' attraverso una 'messa a regime' dei corridoi umanitari. Ciò consentirebbe agli enti interessati, in possesso di determinati requisiti di affidabilità, di farsi carico, sulla base di regole generali ed entro limiti predeterminati, dell'arrivo, della prima accoglienza e dell'integrazione di persone vulnerabili, altrimenti impossibilitate a raggiungere l'Europa attraverso percorsi legali.

PARTE III

**IL SISTEMA DI TUTELA
TRA RESISTENZA E ARRETRAMENTI**

LA RIDUZIONE DEGLI AUTOMATISMI

IMMIGRAZIONE E STUPEFACENTI:
DALLA CONSULTA IL RICHIAMO A RAGIONEVOLEZZA
E PROPORZIONALITÀ

Letizia Valentina Lo Giudice*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa. – 3. La disciplina del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro tra aporie e paradossi applicativi. – 4. La Consulta il giorno dopo la conversione in legge del c.d. “decreto Cutro”.

1. *Introduzione*

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 4, comma 3 e 5, comma 5 del d.lgs. 286/98 (T.U.I) nella parte in cui prevedono l'automatica ostatività al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro per i reati la cui commissione non costituisce di per sé indice sintomatico della pericolosità sociale dell'autore del fatto. In particolare, il catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4, comma 3 T.U.I. prevedendo fattispecie incriminatrici tra loro assai eterogenee, deve essere letto alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, in modo da non determinare ingiustificate compressioni dei diritti fondamentali dello straniero ogni qual volta i suoi precedenti penali non siano tali da renderlo una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato.

2. *I fatti di causa*

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, con due distinte ordinanze di rimessione, la n. 97 dell'1.07.2022 e la n. 99 del 23.06.2022¹, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 4, comma 3 del d.lgs. 286/98 per violazione dei parametri di cui agli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu.

Il Collegio rimettente era stato chiamato a decidere a seguito di appello proposto avverso le sentenze con le quali il T.A.R. Lombardia e il T.A.R. Liguria avevano rigettato le doglianze dei ricorrenti con riferimento all'illegittimità del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro in ragione dell'ostatività delle condanne dagli stessi riportate.

* Avvocato e Dottore di ricerca, Università degli Studi di Messina.

¹ Entrambe consultabili in Ildirittoamministrativo.it.

In particolar modo, con l'ordinanza n. 97 si censurava l'art. 4, comma 3 in relazione all'automatica ostatività della condanna riportata dallo straniero condannato ai sensi dell'art. 73, comma 5 del D.P.R. 309/90 in relazione al c.d. "spaccio di lieve entità", poiché rientrante nella definizione onnicomprensiva della disposizione che si riferisce, indistintamente, alle condanne riportate «per reati inerenti agli stupefacenti».

Parimenti, con l'ordinanza n. 99 si censurava la medesima norma in relazione alla fattispecie di cui all'art. 474 c.p. («Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi»).

A parere del rimettente, alcuno dei due reati in commento sarebbe sintomatico *ex se* di pericolosità sociale del condannato e, diversamente opinando, si determinerebbe un'irragionevole equiparazione tra delitti di elevata gravità – quale l'omicidio volontario e la violenza sessuale – e delitti assai meno gravi che non pongono in pericolo l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, con conseguente ingiustificato sacrificio dei diritti fondamentali dello straniero radicatosi sul territorio italiano. Per tali ragioni il Giudice rimettente chiedeva l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 4, comma 3 T.U.I. con i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Nel richiamare i propri precedenti, la Corte Costituzionale ha affermato che la disciplina oggetto di esame viola i principi di ragionevolezza e proporzionalità, dichiarando pertanto l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 3 in combinato disposto con l'art. 5, comma 5 T.U.I., nella parte in cui prevedono l'automatica ostatività dei reati di cui agli artt. 73 comma 5 D.P.R. 309/90 e 474 c.p. e non consentono che l'amministrazione operi un giudizio in concreto sulla pericolosità sociale dello straniero.

3. *La disciplina del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro tra aporie e paradossi applicativi*

La pronuncia in commento attribuisce una nitida definizione al principio di proporzionalità – quale strumento per «valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto» – che si collega inscindibilmente al canone della ragionevolezza, inteso come coerenza della norma rispetto al fine perseguito, pur nel minor sacrificio possibile degli interessi contrapposti qualificati come recessivi.

Tanto il Consiglio di Stato rimettente quanto la Corte costituzionale hanno richiamato l'evoluzione del parametro della proporzionalità, codificato all'art.

5 TFUE, che nel diritto europeo è assunto al rango di principio fondamentale. In materia penale esso viene ricondotto direttamente all'art. 49 par. 2 della Carta di Nizza, quale criterio inderogabile cui il legislatore nazionale si deve uniformare – con ciò anche evocando la recente pronuncia della Grande Camera della CGUE resa nel caso *NE*².

Proprio rispetto ai due principi in commento, l'art. 4 comma 3 T.U.I. rappresenterebbe «il punto di equilibrio raggiunto dal legislatore per la protezione del bene della sicurezza pubblica di fronte al quale la libertà di soggiorno del singolo diviene recessiva». Tuttavia, la previsione “indubbiata” equipara fatti di esigua o inesistente offensività – quali lo spaccio di lieve entità e la vendita di prodotti con segni falsi – a fattispecie di evidente e intensa gravità che giustificano, questi ultimi sì, il sacrificio del diritto di stabilimento dello straniero nel paese ove risiede e ha svolto la propria attività lavorativa. Sebbene il legislatore goda della più ampia discrezionalità nel disciplinare l'ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio, tale discrezionalità non è però assoluta, «dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti»³(precedente Corte cost. n. 202 del 2013). Con la sentenza n. 148 del 2008⁴ la Corte costituzionale si era pronunciata sulla tenuta costituzionale dell'art. 4 comma 3 T.U.I., giudicando non irragionevole la scelta di equiparare fattispecie di reato ontologicamente diverse. La sentenza n. 88 del 2023 costituisce, dunque, espressione di un deciso cambio di rotta da parte della Consulta che ha saputo cogliere la necessità e doverosità di adeguare il dettato normativo all'evoluzione del principio di proporzionalità, concedendo all'amministrazione il potere di operare di volta in volta una valutazione in concreto del singolo caso.

E d'altro canto, secondo i Giudici di Palazzo Spada «alcune condotte di reato inerenti alle sostanze stupefacenti non sarebbero più sintomatiche, ormai, di quel necessario grado di “pressing social need” che rende proporzionata la misura», di talché l'esclusione dell'art. 73 comma 5 D.P.R. 309/90 dal novero dei reati ostativi non determinerebbe l'automatico rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, ma consentirebbe all'amministrazione di poter valutare anche l'effettiva situazione fattuale del richiedente.

Quanto, poi, al parametro dell'art. 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu, già il rimettente aveva sottolineato come la protezione della vita privata abbia assunto nel tempo, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo,

² CGUE, Grande Sezione, sentenza 8 marzo 2022, C-205/20, *Ne*.

³ Conf. Corte cost., sentenza 18 luglio 2013, n. 202.

⁴ Corte cost., sentenza del 7 maggio 2008 n. 148.

connotati assai estesi e insuscettibili di una definizione esaustiva, involgendo «l'identità fisica e sociale della persona umana [...] il diritto allo sviluppo personale [...] il diritto a una vita sociale privata e, in via più generale, il diritto a partecipare alla crescita della società».

In considerazione di due dei tre temi trattati – immigrazione e stupefacenti – non sorprende che sia intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, che ha posto al centro dell'agenda politica il contrasto a entrambi i fenomeni.

Nelle proprie memorie, il Governo ha sostenuto la perdurante attualità della sentenza costituzionale n. 148 del 2008, nella misura in cui il diniego di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno non avrebbe natura sanzionatoria né tantomeno restrittiva delle libertà fondamentali. Peraltro, la conformità del sistema italiano all'art. 8 Cedu sarebbe stata comunque salvaguardata allorché l'amministrazione avrebbe potuto valutare in ogni caso la situazione individuale del singolo in ragione dell'applicabilità del dettato dell'art. 19 comma 1.1. T.U.I. come integrato dalla legge n. 130/2020. In risposta a ciò, il Giudice delle leggi ha ricordato al Governo che proprio la norma dallo stesso invocata quale baluardo della tenuta convenzionale del sistema è stata eliminata da un intervento legislativo dell'esecutivo. Difatti con il c.d. “Decreto Cutro” convertito con modificazioni nella legge n. 50 del 5 maggio 2023, il Governo ha soppresso il terzo e il quarto periodo del comma 1.1. dell'art. 19 T.U.I. Tali incisi riguardavano i casi di protezione speciale con espresso riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Tuttavia, la disciplina transitoria recata dalla nuova legge, prevede che quest'ultima non si applichi per le istanze presentate in data antecedente all'emanazione del decreto-legge e «nei casi in cui lo straniero abbia già ricevuto l'invito alla presentazione dell'istanza da parte della Questura competente».

In ogni caso, ad avviso del Governo, l'art. 4 comma 3 individua “specifici reati” che, per le loro caratteristiche, creano un particolare allarme sociale a prescindere dall'intensità del disvalore penale. E i reati in tema di stupefacenti «sono sicuramente tra quelli che comportano uno dei maggiori allarmi sociali». D'altro canto, secondo l'interveniente, rientra nel margine di apprezzamento del legislatore stabilire che tutti i reati connessi agli stupefacenti debbano essere sottratti alla discrezionalità dell'autorità amministrativa e vadano, dunque, indistintamente qualificati come ostativi.

Quanto all'art. 474 c.p., esso originariamente non compariva nel novero dei reati ostativi di cui all'art. 4 comma 3 T.U.I. Esso fu introdotto dalla legge n. 189 del 2022 (“*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*”) all'art. 26 T.U.I., con esclusivo riferimento al permesso di soggiorno per lavoro

autonomo. Tuttavia, per non creare disparità tra permessi di lavoro di diversa specie, nel 2009 venne inserito nell'art. 4 comma 3. Successivamente – con sentenza n. 172 del 2012 – fu eliminato dall'art. 26 unitamente alla declaratoria di incostituzionalità della c.d. “sanatoria” dei lavoratori stranieri irregolari. E dal momento che le due successive discipline in tema di emersione, non hanno riproposto nel contesto delle regolarizzazioni l'ostatività di detto reato si è creata una situazione tanto illogica quanto irragionevole: un cittadino straniero già condannato ai sensi dell'art. 474 c.p. poteva essere ammesso alla procedura di regolarizzazione e avere diritto al rilascio del permesso di soggiorno, salvo poi vedere diniegata la richiesta di rinnovo – formulata ai sensi dell'art. 4 comma 3 T.U.I. –, in un momento storico nel quale la commissione del fatto era ancor più risalente nel tempo e, conseguentemente, la pericolosità sociale connessa al reato era scemata.

Stante l'ampiezza del *petitum* e le molteplici osservazioni offerte dalle parti intervenute, la sentenza in commento avrebbe potuto determinare degli effetti ancor più dirompenti di quelli in concreto prodotti. Tuttavia, onde non interferire con le prerogative parlamentari, la Corte costituzionale ha sin dai primi passaggi considerevolmente limitato il *thema decidendum*.

Anzitutto, ha precisato che, oggetto del giudizio di costituzionalità sono gli artt. 4 comma 3 e 5 comma 5 T.U.I., con esclusivo riferimento all'art. 73 comma 5 D.P.R. 309/90 e all'art. 474 comma 2 c.p. Precisazione, questa, doverosa ma non sorprendente, poiché se è vero che tale sentenza incide direttamente solo su chi si troverà in futuro a occuparsi dei due reati in esame, allo stesso modo essa fornisce un utile spunto per l'interprete chiamato a dirimere questioni simili, che afferiscono a norme diverse ma dalla cui applicazione possa derivare un ingiustificabile squilibrio tra interessi contrapposti.

Rispetto all'ampio *petitum* prospettato dal rimettente, la Corte ha inteso limitare gli effetti della propria pronuncia alle sole situazioni di fatto coincidenti con quelle sottese ai giudizi *a quibus*, di conseguenza la declaratoria di incostituzionalità attiene alle sole ipotesi di rinnovo del permesso di soggiorno e non anche a quelle di rilascio *ex novo* dello stesso.

La Consulta ha osservato che l'art. 4 comma 3 T.U.I. – per come integrato dalla legge n. 189 del 2002 – consta di un sistema bipartito che consente di individuare, secondo due criteri complementari, i reati dalla cui commissione discende l'automatica ostatività: un criterio di natura mista, che fa riferimento a tutti i reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.); un criterio di tipo qualitativo che fa rientrare tra i reati ostativi anche quelli espressamente menzionati dalla norma, in quanto frutto di una precipua scelta di politica criminale del legislatore.

In conseguenza delle integrazioni apportate dal legislatore con legge n. 189 del 2002, l'ulteriore conseguenza discendente dalla commissione dei reati indicati dall'art. 4 comma 3 è che, giocoforza, alla luce della sopravvenuta irregolarità del permesso di soggiorno, si determina l'espulsione amministrativa (l'art. 13 comma 2 lettera b).

Sul punto, il Giudice delle leggi ha richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, sulla base dei principi espressi nei casi *Uner c. Olanda* del 2006⁵ e *Otite c. Regno Unito* del 2022⁶, ha elaborato dei criteri per valutare di volta in volta se la misura dell'allontanamento dello straniero possa considerarsi "necessaria" e "proporzionata". In particolare, a tal fine, è necessario tenere in considerazione: la natura e serietà del reato commesso dallo straniero; la durata del suo soggiorno nello stato; il tempo trascorso dalla commissione del reato e della condotta tenuta a seguito di esso; la nazionalità delle persone coinvolte; nella situazione familiare dello straniero specie nell'ottica delle possibili ripercussioni che l'allontanamento avrebbe sul coniuge e i figli, anche con riferimento alle difficoltà che questi ultimi incontrerebbero qualora seguissero il familiare allontanato nel paese d'origine.

Sulla base di questi presupposti la Corte costituzionale ha ritenuto che escludere la possibilità per l'amministrazione di valutare la situazione concreta dello straniero con specifico riguardo al suo percorso di inserimento sociale, sol perché condannato per uno dei due reati ostativi in commento costituisce un risultato contrario al principio di proporzionalità, letto anche alla luce dell'art. 8 Cedu.

4. *La Consulta il giorno dopo la conversione in legge del c.d. "decreto Cutro"*

La sentenza n. 88 del 2023 è stata depositata l'8 maggio 2023, a soli due giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge n. 50/2023 di conversione del c.d. "Decreto Cutro".

Pur con tutti i distinguo e le precisazioni che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto di dover esplicitare, nonostante il tema della protezione speciale non costituisse oggetto della decisione, non può tacersi come l'attenta e ripetuta disamina dell'art. 8 Cedu ivi contenuta sia tale da lasciare intendere – a parere di chi scrive – che la Consulta, con un intervento quanto mai tempestivo, abbia voluto ricordare al legislatore come la portata dei vincoli sovranazio-

⁵ Corte Edu, sentenza del 18 ottobre 2006, *Uner c. Olanda*, ric. n. 46410/99.

⁶ Corte Edu, sentenza del 27 settembre 2022, *Otite c. Regno Unito*, ric. n. 18339/19.

nali sia tale da non poter essere elisa *sic et simpliter* da un'abrogazione testuale del richiamo al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Nel qualificare come contrario a Costituzione qualsiasi automatismo fondato su presunzioni assolute, il Giudice delle leggi ha espressamente optato per un *revirement* della sentenza n. 148 del 2008 e tracciato un percorso che – seppur in via giudiziale – potrà trovare attuazione futura nel sopperire al vuoto di tutela determinato dall'eliminazione del comma 1.1. secondo e terzo periodo dell'art. 19 T.U.I.

La pronuncia in esame ha il pregio di aver fissato un precedente che – con i dovuti accorgimenti – potrà trovare applicazione anche in ipotesi diverse da quelle prospettate dalle ordinanze di rimessione. Ogni qual volta l'operatività di un automatismo legislativo determinerà uno squilibrio nel bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e i diritti fondamentali dello straniero, lì si determinerà la violazione irreparabile dei principi costituzionali, con conseguente necessità di un intervento riequilibratore da parte della Corte costituzionale.

GERMANIA: LA RIDUZIONE AUTOMATICA DEI SUSSIDI PER I RICHIEDENTI ASILO È INCOSTITUZIONALE

Andrea De Petris*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. – 2. La decisione del Tribunale Costituzionale Federale. – 3. La sostanziale continuità giurisprudenziale della vicenda – 4. L'ineadeguatezza di una presunzione impropria.

1. *La vicenda processuale*

Il ricorrente è un cittadino dello Sri Lanka entrato in Germania nel 2014, dal luglio 2015 destinatario di sussidi e prestazioni sociali *ex art. 2* della Legge sulle Prestazioni per i Richiedenti Asilo (*Asylbewerberleistungsgesetz - AsylbLG*) a un livello di fabbisogno standard 1. Dopo il respingimento della sua domanda di asilo nel 2017, ed essendo soggetto a un obbligo esecutivo di lasciare il Paese, dal novembre 2019 al febbraio 2020 è stato ospitato in alloggi collettivi in regime di “tolleranza” (*Duldung*) *ex art. 60a* della Legge sul Soggiorno - *AufenthG*, che consente la sospensione temporanea dell'espulsione di persone che non risiedono legalmente in Germania, ma che non possono essere allontanate per motivi di fatto o di diritto.

A partire dal novembre 2019, l'amministrazione comunale ha riconosciuto al ricorrente prestazioni sociali per un importo pari al livello di fabbisogno standard 2, al netto dei costi per elettricità e energia e di un importo forfettario per arredi interni e elettrodomestici dell'appartamento: una diminuzione del 10% rispetto alle prestazioni erogate ai ricettori del livello standard 1. Dopo il rigetto del ricorso contro tale riduzione, la successiva istanza di fronte al Tribunale Sociale (*Sozialgericht*) di Düsseldorf intendeva far riconoscere il diritto del ricorrente a ottenere prestazioni sociali più elevate, pari al livello di fabbisogno standard 1. Il 13 aprile 2021 il *Sozialgericht* ha sospeso il procedimento¹ sollevando davanti al Tribunale Costituzionale Federale la questione

* Direttore Scientifico Centro politiche europee (Cep), Ricercatore RtdA di diritto pubblico comparato Università degli Studi Internazionali (UNINT).

¹ Per una valutazione della vicenda e del ricorso del *Sozialgericht* di Düsseldorf al Tribunale Costituzionale Federale con ampia raccolta di giurisprudenza di merito in materia v. il documento presentato dalla Conferenza dei *Sozialgerichte* tedeschi, *Stellungnahme des Deutschen Sozialgerichtstages e.V. im Normkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht 1 BvL 3/21*, 11.2.2022.

di costituzionalità dell'art. 2 (1) fr. 4, n. 1 AsylbLG, nella parte in cui solamente i beneficiari adulti *single* (ovvero non inseriti in un qualche contesto di convivenza con altri) rientrano nel campo della sua applicazione.

2. *La decisione del Tribunale Costituzionale Federale*

Nella sentenza in commento², il Primo Senato del Tribunale Costituzionale Federale ha stabilito che l'art. 2 (1) fr. 4 n. 1 AsylbLG è incompatibile con il diritto fondamentale alla garanzia di un livello minimo di sussistenza nel rispetto della dignità umana, ai sensi dell'art. 1 (1) in combinato disposto con l'art. 20 (1) della Legge Fondamentale (LF).

La decisione si riferisce alla condizione degli adulti *single* residenti in alloggi collettivi residenti in Germania da almeno 18 mesi. A partire dal 1° settembre 2019, come ricordato, il Legislatore ha ridotto per loro del 10% le prestazioni di sussistenza, basandosi non più sul livello di fabbisogno standard 1, ma sul nuovo "livello di fabbisogno speciale" (*Sonderbedarfsstufe*) di grado 2, come previsto dall'art. 2 (1) fr. 4 n. 1 AsylbLG. Questa riduzione automatica dell'entità delle prestazioni è ritenuta incompatibile con il diritto fondamentale a un livello minimo di sussistenza rispettoso della dignità umana³.

Secondo i supremi giudici tedeschi, non è possibile affermare con certezza che negli alloggi collettivi si realizzino o si possano realizzare risparmi tali da giustificare un'automatica riduzione del 10% dei sussidi sociali. Secondo la decisione, nel definire l'entità delle diverse categorie di prestazioni sociali, il Legislatore deve considerare anche opportunità di risparmio di cui i destinatari delle prestazioni non si avvalgono, sebbene esse siano ragionevolmente utilizzabili. In ogni caso, secondo la Corte di Karlsruhe non vi sono prove sufficienti che tali opportunità sussistano effettivamente per soggetti nella condizione del ricorrente, per il solo fatto di essere ospitati in alloggi collettivi.

In particolare, secondo il BVerfG l'art. 2 (1) fr. 4 n. 1 AsylbLG non soddisfa i requisiti costituzionali in quanto l'applicazione "automatica" del livello di fabbisogno standard 2 agli adulti *single* sistemati in alloggi collettivi viola il diritto fondamentale a vedersi garantito il livello minimo di sussistenza rispettoso della dignità umana richiesto dal dettato costituzionale.

La sentenza ricorda che, laddove le persone non dispongano dei mezzi materiali necessari a garantirsi un'esistenza dignitosa, perché non possono ot-

² BVerfG, 1 BvL 3/21 del 19.10.2022.

³ Per una ricognizione sull'attuale quadro delle prestazioni riconosciute ai migranti dal sistema tedesco v. B. BATHKE, *Germany: How much welfare do asylum seekers get, and is it a 'pull factor'?*, in *InfoMigrants*, 3.11.2023.

tenerli né da un lavoro retribuito, né dai propri beni, né da donazioni di terzi, è obbligo dello Stato, in adempimento del suo dovere di tutelare la dignità umana e implementare lo Stato sociale, di assicurare la disponibilità di mezzi che garantiscano loro un'esistenza dignitosa. A questo obbligo costituzionale oggettivo *ex art. 1 (1) LF* corrisponde un diritto delle persone bisognose di ricevere prestazioni sociali, poiché in tali situazioni di bisogno il diritto fondamentale di ogni singolo essere umano a un'esistenza dignitosa può essere garantito solo attraverso un sostegno pubblico. Per garantire un'esistenza dignitosa, dunque, è necessario che la natura e l'entità delle prestazioni sociali da erogare siano costantemente valutate in base alla realtà. Se è vero che tale diritto si estende solo ai mezzi assolutamente necessari per raggiungere tale scopo, le esigenze essenziali a questo scopo vanno tuttavia sempre rispettate.

Da un lato, la decisione riconosce al Legislatore un potere discrezionale nella quantificazione di tipologia ed entità delle prestazioni, nel definire il livello minimo di sussistenza rispettosa della dignità umana; dall'altro, tuttavia, tale quantificazione deve avvenire sulla base delle esigenze concrete di coloro che hanno bisogno di assistenza. Tale apprezzamento è sottoposto in verità a un controllo limitato di costituzionalità, in quanto non è compito del *Bundesverfassungsgericht* decidere l'ammontare delle prestazioni necessario a garantire agli aventi diritto il minimo vitale (*Existenzminimum*), o valutare se il Legislatore abbia scelto la soluzione più equa, conveniente e ragionevole per adempiere ai suoi obblighi. Il controllo materiale mira, *in primis*, a verificare se le prestazioni previste siano palesemente insufficienti, ed è quanto accade laddove sia evidente che l'ammontare complessivo dei sussidi riconosciuti non può assolutamente garantire ai loro destinatari un'esistenza fisicamente, socialmente e culturalmente conforme alla dignità umana. In secondo luogo, occorre accertare se natura ed entità delle prestazioni sociali siano oggettivamente adeguate al perseguimento di tale scopo, sulla base di parametri affidabili e di procedure di calcolo rigorose.

A tale riguardo, la LF non impedisce al Legislatore di vincolare il diritto alle prestazioni sociali al ricorrere di determinate condizioni, per es. rendendole accessibili solo quando le persone non siano innanzi tutto in grado di garantirsi autonomamente un'esistenza dignitosa. Il Legislatore può in questo caso ricorrere al principio di subordinazione (*Nachrangprinzip*), secondo cui le possibilità di autosufficienza esistenti hanno la priorità sul welfare: pertanto, nulla gli vieta di esigere dai ricettori di prestazioni sociali di partecipare attivamente al superamento della loro condizione di bisogno, o di evitare che tale bisogno si verifichi.

La sentenza in commento statuisce che l'art. 2 (1) fr. 4 n. 1 AsylbLG non soddisfa i citati requisiti costituzionali, nella misura in cui ai beneficiari adul-

ti *single* ospitati in alloggi collettivi vengono aprioristicamente concesse prestazioni sociali di entità inferiore a quelle garantite a beneficiari alloggiati in altri contesti residenziali. Più precisamente, secondo Karlsruhe l'entità delle prestazioni sociali corrispondenti al livello di fabbisogno standard 2 non è da ritenersi palesemente insufficiente a prescindere: tuttavia, l'attribuzione di tale livello di prestazioni alla condizione del ricorrente "non risulta validamente giustificato" (*nicht tragfähig begründbar*).

Non si può infatti presumere che gli individui *single* accolti in alloggi collettivi, per il solo fatto che convivono con altre persone, siano in grado di realizzare risparmi rilevanti e abbiano, per tale ragione, esigenze finanziarie inferiori rispetto a persone *single* ospitate in contesti alloggiativi individuali. La Corte denuncia come non siano disponibili evidenze affidabili a dimostrazione di tale assunto, e accusa il Legislatore di non aver condotto alcuna indagine a riguardo prima di statuire la normativa contestata. La convinzione che si possa risparmiare sul necessario fabbisogno di cibo, ad es. attraverso acquisti congiunti di alimenti o quanto meno disponendo di un fabbisogno alimentare di base in quantità maggiori e condivise nelle cucine comuni, non appare infatti basata su elementi probatori concreti. Piuttosto, tale tesi rappresenta solo un'aspettativa, una presunzione che resta indimostrata. Anche l'assunto generale secondo cui negli alloggi collettivi, come nelle famiglie, il cibo viene preparato in comune "da una sola pentola" (*aus einem Topf*), non è supportato da dati oggettivi ed affidabili.

È vero che il Legislatore può, in linea di principio, correlare l'entità delle prestazioni di sussistenza all'obbligo di sfruttare concretamente le opportunità adeguate, necessarie e ragionevoli a disposizione del percettore di sussidi pubblici, affinché questi possa evitare o ridurre il proprio stato di bisogno. Tuttavia, ciò deve risultare effettivamente possibile e ragionevole, e accade solo ove sia sufficientemente garantito che nell'alloggio collettivo sussistano effettivamente le condizioni per conseguire un corrispondente risparmio, ma – ancora – non si rinvergono indicazioni in tal senso nel procedimento previsto dalla norma impugnata.

In ogni caso, la decisione conclude che l'incostituzionalità non comporta la nullità dell'art. 2 (1) fr. 4 n. 1 AsylbLG. Si sancisce infatti la continuità dell'applicazione della disposizione, in quanto altrimenti non sarebbe assicurato il livello minimo di sussistenza richiesto per il rispetto dei diritti fondamentali. Per quanto attiene ai provvedimenti di erogazione di prestazioni non definitivi al momento della notifica della sentenza in commento, le prestazioni vanno calcolate in base al livello di fabbisogno standard 1 a partire dal 1° settembre 2019, giorno di entrata in vigore della disposizione impugnata. I

provvedimenti di erogazione di prestazioni sociali già passati in giudicato rimangono inalterati per quanto riguarda i periodi di concessione delle prestazioni precedenti alla notifica della presente decisione.

3. *La sostanziale continuità giurisprudenziale della vicenda*

La decisione in parola risulta in sostanziale continuità con la linea giurisprudenziale sviluppata dal Tribunale Costituzionale Federale a partire dal 2010⁴. In quell'anno, infatti, la Corte aveva ricavato dal principio dell'inviolabilità della dignità umana *ex art. 1 (1) LF* e dal principio dello Stato sociale *ex art. 20 (1) LF* il diritto fondamentale di vedersi garantito un livello minimo di sussistenza degno di un essere umano. Più precisamente, già in quell'occasione il BVerfG aveva stabilito che le richiamate disposizioni da un lato obbligano lo Stato ad assicurare indistintamente le condizioni materiali per godere un'esistenza dignitosa e, dall'altro, conferiscono a chi ha bisogno di assistenza un corrispondente diritto alle necessarie prestazioni sociali⁵. Tuttavia, l'entità degli emolumenti non viene quantificata direttamente dalla LF, ma va determinata in concreto dal Legislatore, il quale gode di un ampio margine di azione per quanto riguarda tipo e importo delle prestazioni, potendosi dunque avvalere di una discrezionalità sottoponibile solo a un controllo limitato da parte del Tribunale Costituzionale Federale⁶.

In particolare, il controllo di costituzionalità deve limitarsi essenzialmente a due questioni: se le prestazioni previste siano manifestamente inadeguate, e se queste siano «comprensibilmente e concretamente differenziate e giustificabili nel loro insieme»⁷. Rispetto alla prima domanda, come visto, il BVerfG acquisisce una visione complessiva del livello dei benefici, ma non esamina i singoli elementi del procedimento con il quale si perviene alla loro quantificazione. La risposta alla questione è positiva solo «se è evidente che [le prestazioni] nel loro complesso non possono in alcun modo garantire a chi ha bisogno di assistenza in Germania una vita che sia da considerarsi fisicamente, socialmente e culturalmente degna di un essere umano»⁸. Così, già nel 2012,

⁴ Concorde sulla continuità della sentenza con la giurisprudenza pregressa del *Bundesverfassungsgericht* M. MÜLDER, *Nicht tragfähig begründbar. Zur Verfassungswidrigkeit der Sonderbedarfsstufe für alleinstehende Erwachsene in Sammelunterkünften*, in *Verfassungsblog*, 26.11.2022.

⁵ BVerfGE 125 del 9.2.2010, 175, 222, cd. Sentenza Hartz IV.

⁶ *Id.*, 225; così anche BVerfGE 152 del 5.11.2019, 68, 115.

⁷ 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 59.

⁸ BVerfGE 137 del 23.7.2014, 34, 75; BVerfGE 142 del 27.7.2016, 353, 372; e, da ultimo, il

la Corte di Karlsruhe aveva dichiarato le prestazioni dell'AsylbLG manifestamente insufficienti e quindi incostituzionali, perché il loro ammontare non era stato aggiornato dal 1993⁹.

La seconda questione riguarda la procedura per la determinazione del fabbisogno: a tale riguardo deve essere assicurato che l'importo delle prestazioni venga quantificato sulla base di cifre affidabili e di procedure di calcolo inoppugnabili¹⁰. Si possono anche accettare compromessi politici – come con il cd. *Bürgergeld*, il reddito di cittadinanza recentemente introdotto nell'ordinamento tedesco¹¹ –, ma questi devono portare a risultati oggettivamente giustificabili¹², e non tutte le motivazioni addotte sono legittime. Ciò era già stato sottolineato dal BVerfG nella decisione sulla AsylbLG in un passaggio spesso richiamato: «La dignità umana garantita dall'art. 1 (1) della Legge Fondamentale non può essere ridimensionata per questioni legate alle politiche migratorie»¹³. Questo assunto è ribadito quasi letteralmente anche nella sentenza in esame¹⁴.

Infine, il fatto che le prestazioni di sussistenza possano essere collegate al principio di subordinazione e al dovere di cooperazione da parte di chi ha bisogno di assistenza era già stato stabilito dalla Corte di Karlsruhe nella cd. *Sanktionsentscheidung* del 2019, differenziando il tema in modo più dettagliato¹⁵. Ciò comporta, da un lato, che i sussidi vengano erogati solo a coloro che in via prioritaria non sono in grado di garantire la propria esistenza, e in secondo luogo che possano essere imposti doveri e obblighi di cooperazione, i quali tuttavia devono essere giustificati e proporzionati all'obiettivo perseguito¹⁶.

già citato 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 65.

⁹ BVerfGE 132 DEL 18.7.2012, 134.

¹⁰ BVerfGE 125 del 9.2.2010, 175, 237 s.; BVerfGE 132 del 18.7.2012, 134, 170 s.; BVerfGE 137 del 23.7.2014, 34, 75; da ultimo, ancora 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 59.

¹¹ Il 1° gennaio 2023 è entrata in vigore in Germania la nuova Legge sul Reddito di Cittadinanza, il *Bürgergeld*: una profonda riforma del sistema di sussidi sociali, con il nuovo strumento di Welfare che sostituisce il vecchio regime del cd. *Hartz IV*, cfr. *Zwölftes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze – Einführung eines Bürgergeldes* (Bürgergeld-Gesetz), BGBl. I p. 2328 del 20/12/2022.

¹² 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 59.

¹³ BVerfGE 132 del 18.7.2012, 134, 173.

¹⁴ «Le considerazioni relative alle politiche migratorie, volte a evitare di incentivare la migrazione attraverso un livello di prestazioni eventualmente elevato nel quadro di un confronto internazionale, non possono giustificare sin dall'inizio un ridimensionamento dello standard delle prestazioni al di sotto del minimo di sussistenza fisica e socio-culturale. *La dignità umana garantita dall'Art. 1 (1) della Legge Fondamentale non può essere ridimensionata in base alle politiche migratorie*», 1 BvL 3/21, 56, corsivo nostro.

¹⁵ BVerfGE 152 del 5.11.2019, 68, 112 e ss.

¹⁶ BVerfGE 152 del 5.11.2019, 68, 118, ed ora 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 62.

4. *L'inadeguatezza di una presunzione impropria*

La sentenza in commento individua diversi profili per cui la norma impugnata risulta affetta da vizi di incostituzionalità, ma soprattutto uno è degno di attenzione: l'inadeguata presunzione posta dal Legislatore tedesco alla base del procedimento di classificazione dei livelli di prestazioni sociali erogati. La riduzione del fabbisogno standard dal livello 1 a 2 delle prestazioni sociali decisa per il ricorrente, corrispondente a un taglio del 10% del valore degli emolumenti erogati, risulta priva sia di fondatezza che di giustificazione¹⁷.

L'art. 2 (1) fr. 4 n. 1 AsylbLG considera infatti tutti i residenti in alloggi collettivi come se vivessero insieme in un regime di coppia o di comunità familiare. La legge giustificava questo assunto con il riferimento al fatto che le persone interessate apparterrebbero ad un sistema "di comune destino" (*Schicksalsgemeinschaft*), che conferirebbe loro benefici e vantaggi economici per il solo fatto di trovarsi in tale regime di convivenza. Invece, il sistema di bisogni speciali (*rectius*: ridotti) introdotto dalla legge sui sussidi per i richiedenti asilo è stato spesso accusato di istituire una "partnership forzata" che non riflette la realtà effettiva dei centri di accoglienza e delle residenze per stranieri¹⁸. Ad esempio, gli esperti auditi dal Tribunale Costituzionale nel procedimento prodromico alla decisione in oggetto¹⁹ hanno evidenziato pressoché unanimemente come negli alloggi collettivi non si riscontrino condivisioni di attività tali da ingenerare effetti sistematici di risparmio economico, né tali azioni risultano in termini generali facilmente realizzabili. Al contrario, i residenti in queste strutture non condividono di regola più dell'alloggio loro assegnato.

Il I Senato di Karlsruhe afferma quindi che non è possibile dimostrare empiricamente un ridotto bisogno di risorse economiche per persone sole accolte in alloggi collettivi. A differenza dei nuclei familiari e/o di coppia, non si può presumere che i residenti vivano in un alloggio collettivo attingendo "da una sola pentola" (*aus einem Topf*)²⁰, come se possa darsi per scontata l'esistenza tra di loro un rapporto di familiarità e condivisione.

I supremi giudici tedeschi richiamano poi l'aspettativa alla base della norma impugnata, secondo cui sarebbe possibile e ragionevole che i residenti in alloggi collettivi gestiscano in un regime di comunità i loro nuclei familiari,

¹⁷ Concorde J. SAIDL, *Aus einem Topf? – Das BVerfG zur Sonderbedarfsstufe im Asylbewerberleistungsrecht*, in *JuWissBlog* Nr. 73/2022 del 15/12.2022.

¹⁸ V., ad es., CARITAS, *Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes Referentenentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes*, 26.3.2019.

¹⁹ 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 29 ss.

²⁰ Id., 73.

facendone derivare per gli interessati un sostanziale obbligo di operare in tal senso al fine di realizzare quelle sinergie in cui si sostanzierebbero i risparmi che giustificerebbero la riduzione dell'entità delle prestazioni sociali erogate: una presunzione che il BVerfG giudica comunque sproporzionata²¹.

Il richiamo al fatto che gli obblighi di cooperazione limitano la libertà d'azione delle persone interessate²² sottopone le disposizioni impugnate a una verifica di proporzionalità. Tuttavia, l'obbligo di cooperare in attività economiche congiunte non è espressamente previsto dalla normativa sulle prestazioni per i richiedenti asilo, né viene dichiaratamente prescritto alle persone interessate. Nella citata *Sanktionsentscheidung* del 2019, la Suprema Corte tedesca aveva in realtà affermato che i soggetti destinatari delle prestazioni devono essere "chiaramente consapevoli" del loro dovere di cooperazione, per poter collegare le riduzioni dei benefici al mancato adempimento di tale obbligo²³.

Questo dovere (non scritto) di cooperare nella gestione comune mira ad attuare il citato principio di subordinazione, che nell'interpretazione datane da Karlsruhe non si limita all'utilizzo prioritario di risorse disponibili di fatto, come il reddito e il patrimonio: la sentenza riconosce infatti che il Legislatore può validamente collegare la percezione di prestazioni sociali al rispetto dell'obbligo di avvalersi delle opportunità «effettivamente disponibili, idonee, necessarie e ragionevoli per evitare o ridurre direttamente lo stato di bisogno» dei destinatari delle prestazioni²⁴. Ciò che appare improprio è, appunto, costruire un sistema di erogazione di prestazioni sociali sulla base di ciò che resta un assunto indimostrato ed eventuale, specialmente se associato a un regime di condivisione di spazi residenziali da parte di cittadini stranieri *single*, portatori di una varietà di interessi ed esigenze verosimilmente maggiori di quante ne possano ricorrere in una convivenza familiare.

In conclusione, appare assolutamente condivisibile l'impianto della decisione di incostituzionalità della norma impugnata, che ricorda al Legislatore tedesco e non solo la complessità dell'esistenza dei cittadini stranieri ospitati nelle strutture di accoglienza, impossibile da ridurre a un insieme di schemi e comportamenti precostituito.

²¹ Id., 86 ss.

²² Id., 62.

²³ BVerfGE 152, del 5.11.2019, 68, 117 s.

²⁴ 1 BvL 3/21 del 19.10.2022, 75.

**IL TRATTENIMENTO ALL'INGRESSO
E L'APPROCCIO HOTSPOT**

TRATTENIMENTO ARBITRARIO E VIOLAZIONE DEI DIRITTI
UMANI NELL'HOTSPOT DI LAMPEDUSA.
C'È ANCORA UN GIUDICE A STRASBURGO

Adele Del Guercio *

SOMMARIO: 1. I fatti all'origine dei ricorsi *M.A.*, *B.A.* e *A.S. c. Italia*. – 2. Le violazioni della CEDU riscontrate. – 3. Alcune riflessioni nel merito delle sentenze.

1. *I fatti all'origine dei ricorsi M.A., B.A. e A.S. c. Italia*

Il 19 ottobre 2023, con le sentenze *M.A.*¹, *B.A.*² e *A.S. c. Italia*³, la Corte europea dei diritti umani è intervenuta ancora sulle condizioni di accoglienza e di trattenimento dei migranti nell'hotspot di Lampedusa, confermando la posizione già espressa nel giudizio *J.A. e altri c. Italia* del 30 marzo 2023⁴. Va precisato che nei casi in oggetto a pronunciarsi è stato il Comitato di tre giudici, istituito nel luglio 2023⁵ con lo scopo precipuo di esaminare ricorsi che ricadono in una giurisprudenza consolidata in materia di immigrazione⁶.

I fatti all'origine dei ricorsi che hanno portato alle pronunce in esame sono simili, come analogo è l'iter argomentativo seguito dal Comitato e le conclusioni cui giunge. Ad essere coinvolti sono dei cittadini tunisini giunti a

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli L'Orientale.

¹ Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *M.A. c. Italia*, ric. n. 13110/18.

² Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *A.B. c. Italia*, ric. n. 13755/18.

³ Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *A.S. c. Italia*, ric. n. 20860/20.

⁴ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. e altri c. Italia*, 21329/18, su cui E. ARDITO, *L'approccio hotspot e la prassi dei respingimenti collettivi nella sentenza J.A. e al. c. Italia*, in *DUDI*, n. 2, 2023, pp. 488-498; C. DRIGO, *La detenzione arbitraria dei migranti nell'hotspot di Lampedusa e la violazione del divieto di espulsioni collettive nuovamente al vaglio dei Giudici di Strasburgo*, in *ADiM Blog*, maggio 2023; M. PORCHIA, *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, in *ADiM Blog*, aprile 2023; M. ROCCA, *J.A. and Others v. Italy – Is the European Court of Human Rights turning its focus to maritime migrants?*, in *EJIL:Talk!*, 17 aprile 2023. Sia consentito rinviare anche al nostro A. DEL GUERCIO, *La dignità dei migranti alle frontiere europee*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 4, 2023, pp. 151-171.

⁵ <https://www.echr.coe.int/w/new-thematic-committee-for-immigration-related-cases>.

⁶ F.L. GATTA, *La banalità dell'espulsione: il nuovo Comitato ad hoc sull'immigrazione istituito dalla Corte EDU*, in *ADiM Blog*, agosto 2023.

Lampedusa tra l'ottobre 2017 e l'ottobre 2019 e ivi trattenuti, in condizioni poco dignitose, nel centro di primo soccorso accoglienza (CPSA) di Contrada Imbriacola, designato come hotspot dall'art. 17 del d.l. n. 13 del 17 febbraio 2017 (cd. decreto Minniti)⁷.

A.B. sbarca nell'isola il 30 ottobre 2017, viene identificato e gli viene fatto compilare il *foglio notizie*, nel quale vengono raccolte informazioni basilari sull'identità, la provenienza, il confine di ingresso e la ragione dell'espatrio; rispetto a quest'ultima, è possibile scegliere tra le opzioni: lavoro, turismo, altri motivi, protezione internazionale. Se la casella barrata è quella della ricerca del lavoro – tra l'altro aspirazione di qualsiasi persona, indipendentemente dalle ragioni alla base dell'espatrio – viene precluso automaticamente – e illegittimamente – l'accesso alla procedura di asilo. Tuttavia, è doveroso evidenziare che, in assenza di un mediatore culturale che faciliti la comprensione del testo e di un'adeguata informazione all'arrivo, la formulazione del foglio notizie rischia di essere fuorviante: non è dunque infrequente che i migranti barrino la casella della ricerca del lavoro, e non quella relativa alla richiesta di protezione internazionale, proprio come ha fatto il ricorrente nel caso di specie, di fatto autoescludendosi dal sistema di asilo e andando incontro ad una procedura di respingimento differito⁸.

In effetti, A.B. nemmeno viene informato della possibilità di chiedere protezione internazionale e il 21 novembre, dopo aver firmato un documento di cui non comprende il contenuto e di cui non riceve copia, viene trasferito all'aeroporto di Palermo e da qui rimpatriato. Sei mesi dopo sbarca di nuovo a Lampedusa e manifesta nell'immediato la volontà di chiedere asilo, senza che la sua richiesta venga registrata. Una volta trasferito ad Agrigento, il ricorrente si rende irreperibile. Ad essere contestata, nel caso di specie, dinanzi al giudice della CEDU è la privazione della libertà nell'hotspot di Lampedusa, durata ventidue giorni, la prima volta, e diciassette giorni, la seconda, durante i quali il ricorrente è stato costretto a dormire all'aperto su materassi poggiati per terra. Il ricorrente lamenta altresì di essere stato vittima di una espulsione collettiva.

Il secondo ricorrente, M.A., approda a Lampedusa il 15 gennaio 2018, presenta domanda di asilo il 30 gennaio e due giorni dopo sostiene l'audizione dinanzi alla Commissione territoriale di Trapani, ricevendo un diniego per manifesta infondatezza. Rammentiamo a tal riguardo che la Tunisia è stata

⁷ Convertito con modificazioni in l. 13 aprile 2017, n. 46.

⁸ Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Approccio Hotspot in Italia ed "habeas corpus" delle persone migranti*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2023.

inserita nel 2019 tra i paesi di origine sicuri⁹ e ciò comporta, tra le altre conseguenze, lo svolgimento di una procedura accelerata per l'esame della domanda di protezione internazionale e la possibilità di rigettarla per manifesta infondatezza se il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere che il Paese di origine non è sicuro nel suo caso specifico¹⁰. M.A. presenta ricorso al Tribunale di Palermo e si rivolge altresì alla Prefettura di Agrigento chiedendo il trasferimento in una struttura adeguata, tenuto conto delle condizioni inumane che si registrano nell'hotspot di Lampedusa. Malgrado l'incendio scoppiato l'8 marzo, il ricorrente viene trattenuto con altri migranti nella struttura; solo il 20 marzo viene trasferito in un centro di accoglienza a Torino, e poi di nuovo a Lampedusa, dove è costretto a rimanere per più di due mesi. Anche lui contesta la violazione degli articoli 3, 5 par. 1, 2 e 4, e 13 CEDU, per le condizioni poco dignitose e la detenzione arbitraria.

Infine, abbiamo A.S., approdato a Lampedusa il 7 ottobre 2019, ivi trattenuto per diciotto giorni nell'hotspot prima di essere trasferito in un centro di accoglienza ad Agrigento, dove ha la possibilità di presentare domanda di asilo, rigettata per manifesta infondatezza il 22 novembre, quando viene emesso anche l'ordine di espulsione e il ricorrente viene trasferito in un CPR. Tre giorni dopo, il Giudice di pace di Caltanissetta rigetta il provvedimento di trattenimento e A.S. viene rimesso in libertà. Anche l'ordine di espulsione viene revocato il 6 dicembre per vizi procedurali.

2. *Le violazioni della CEDU riscontrate*

Il Comitato, alla luce dei fatti contestati, delle fonti consultate, in particolare del rapporto del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale¹¹, e del precedente fornito della recente sentenza *J.A.*, a cui rinvia, ha accolto le principali doglianze dei ricorrenti, constatando, rispetto a tutti e tre i casi, la violazione sia dell'art. 3 CEDU per le condizioni di accoglienza poco dignitose, sia dell'art. 5, par. 1, 2 e 4, per il trattenimento *de facto* dei ricorrenti nell'hotspot, in assenza di una base legale chiara ed accessibile e, di conseguenza, dell'impossibilità per gli stessi di ricevere informazioni

⁹ Decreto n. 1202/608 del 4 ottobre 2019.

¹⁰ Comma 2-bis, art. 9, d.lgs. n. 25/2008. Sulle criticità di tale istituto si rinvia, tra gli altri, a C. PITEA, *La nozione di «Paese di origine sicuro» e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2019.

¹¹ Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività).

adeguate in merito alla privazione della libertà e di contestarla dinanzi a un giudice.

La Corte ha invece dismesso le altre doglianze, tra cui anche quella, sollevata nel ricorso *A.B.*, relativa alla violazione dell'art. 4, Prot. 4, su cui il suddetto organo non ha ritenuto necessario pronunciarsi.

Sono state integralmente rigettate le obiezioni preliminari del governo italiano, sia con riguardo alla natura di vittima dei ricorrenti, sia al previo esaurimento delle vie di ricorso interno. Ad avviso delle autorità statali, infatti, i ricorrenti non potevano essere considerati vittime di una violazione del dettato pattizio, in particolare di una detenzione arbitraria, poiché la collocazione nell'hotspot troverebbe la sua disciplina negli artt. 8, 9, 10 e 12 del d.lgs. n. 142/2015; inoltre, i ricorrenti avrebbero potuto presentare richiesta al Prefetto per ottenere un permesso temporaneo al fine di uscire dal centro, e, laddove fosse stato rifiutato, rivolgersi al giudice civile o, in assenza di riscontro, al tribunale amministrativo. Ancora, avrebbero potuto avviare un procedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Sostiene invece la Corte che le disposizioni richiamate dalle autorità italiane non riguardano specificamente la regolamentazione degli hotspot e non risultano pertanto applicabili alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione. Inoltre, non è persuasa che il governo abbia fornito informazioni adeguate sulle modalità di ricorso al giudice di modo che i ricorrenti potessero contestare il trattenimento nell'hotspot.

Trattasi di una posizione meritevole di interesse poiché la Corte, di fatto, anche con le conclusioni cui poi giunge nel merito dei casi, mette in discussione la decisione con la quale, nel dicembre 2021, era stata chiusa la procedura di monitoraggio¹² della sentenza *Khlaifia* resa dalla Grande Camera nel 2016¹³, che ha ad oggetto una fattispecie analoga a quella oggetto delle pronunce *J.A.*, *A.B.*, *M.A.* e *A.S.*: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa aveva infatti ritenuto che, in seguito alle misure adottate dal governo italiano¹⁴, fosse stata

¹² Resolution CM/ResDH(2021)424, su cui G. MENTASTI, *Si chiude la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADiM Blog*, giugno 2022.

¹³ Corte Edu [Grande Camera], sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12. Sui profili critici della sentenza si rinvia, tra gli altri, a A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *DUDI*, n. 1, 2018, p. 29 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2017, pp. 41-72.

¹⁴ Non richiamate espressamente e che, tra l'altro, se riferite al decreto Minniti, al d.l. n. 113/2018, convertito in l. n. 132/2018, cd. Salvini, e al d.l. n. 130/2020, convertito in l. n.

introdotta nell'ordinamento statale una base legale chiara ed accessibile per il trattenimento dei migranti nei punti di crisi e fossero garantiti un'informazione adeguata sui diritti di cui gli stessi beneficiano durante la detenzione e l'accesso a mezzi di ricorso effettivo, individuati nel procedimento d'urgenza presso il Tribunale ordinario (ex art. 700 c.p.c.) e nel risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale¹⁵. Come si è visto, i giudici della CEDU non sono dello stesso avviso del Comitato dei Ministri.

3. *Alcune riflessioni nel merito delle sentenze*

Le tre sentenze gemelle adottate il 19 ottobre 2023 si pongono nel solco tracciato dal significativo precedente fornito dal giudizio reso dalla Corte EDU in *J.A. e altri c. Italia*. Il Comitato si è richiamato alle conclusioni ivi elaborate e ha constatato in maniera agevole la violazione degli articoli 3 e 5, par. 1, 2 e 4 CEDU. Come nella sentenza *J.A.*, è stato attribuito notevole rilievo ai documenti presentati dai terzi intervenienti e alle fonti nazionali e internazionali. Nel riscontrare la responsabilità del governo italiano per la violazione dell'art. 5, par. 2 e 4, il suddetto organo si è riferito espressamente anche alla sentenza *Kblaifia*, adottata il 15 dicembre 2016 della Grande Camera.

Alla luce di quanto appena osservato, appare opportuno esaminare le tre recenti sentenze nel quadro della giurisprudenza resa dalla Corte con riguardo all'accoglienza e alla privazione della libertà personale nel centro di Lampedusa a partire proprio dal caso *Kblaifia*. Anche qui, ad essere coinvolti erano dei cittadini tunisini trattenuti arbitrariamente nel CPSA di Contrada Imbriacola.

Il primo elemento su cui vogliamo soffermarci è la prassi sistematica di privazione della libertà personale dei migranti nel centro lampedusano, anche prima dell'adozione dell'Agenda europea sull'immigrazione del 2015 e dell'approccio hotspot. La sentenza *Kblaifia* riguarda vicende che si sono verificate nel 2011, nel contesto della cosiddetta "Primavera araba", che aveva visto un massiccio esodo di persone dal Nord Africa – in particolare dalla Tunisia – verso l'Italia. Preme evidenziare che anche nel caso di specie ad essere oggetto di contestazione dinanzi ai giudici della CEDU erano le pessime condizioni igienico-sanitarie e, soprattutto, già allora, il trattenimento *de facto* dei ricorrenti nel CPSA, costantemente sorvegliato dalle forze dell'ordine, tanto da rendere impossibile qualsiasi contatto con l'esterno. In un'analogia situazione sono venuti a trovarsi i quattro cittadini tunisini approdati a Lam-

173/2020, cd. Lamorgese, erano state ritenute inadeguate, nelle precedenti fasi del monitoraggio, dal Comitato dei Ministri.

¹⁵ ex art. 2043 c.c.

pedusa nell'autunno del 2017, trattenuti per dieci giorni nello stesso centro – nel frattempo individuato come hotspot – e da qui sommariamente rimpatriati (caso *J.A.*); così come i ricorrenti nei casi oggetto del presente commento, che hanno all'origine vicende verificatesi tra il 2017 e il 2019.

Dunque, l'accoglienza/detenzione nel centro lampedusano, in qualsivoglia modo lo si voglia denominare, costituisce una realtà risalente nel tempo e consolidata, inizialmente del tutto arbitraria¹⁶, successivamente, con le riforme operate – da ultimo nel 2023¹⁷ –, inserita in una cornice giuridica rispetto alla quale, tuttavia, permangono non poche perplessità. È doveroso, infatti, evidenziare che se è stato oggetto di regolamentazione il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, nondimeno la normativa richiamata non disciplina la fattispecie della detenzione dello straniero che non presenti domanda di asilo. Ai sensi dell'art. 10ter del T.U. sull'immigrazione, infatti, quest'ultimo, qualora venga rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna o sia sbarcato in seguito ad operazioni di salvataggio in mare, è condotto *per le esigenze di soccorso e di prima assistenza* presso i punti di crisi/hotspot: il trattenimento può essere disposto solamente nel caso in cui si rifiuti di sottoporsi alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, ipotesi che concretizza il rischio di fuga, o al fine di prepararne l'espulsione. In entrambe le ipotesi, il luogo deputato alla detenzione è il centro per il rimpatrio (art. 14 T.U. sull'immigrazione).

Non si è dunque persuasi che, così come disciplinato, il trattenimento negli hotspot sia sempre compatibile con le garanzie di cui all'art. 13 della Costituzione, che, com'è noto, devono trovare applicazione anche quando ad essere coinvolti sono degli stranieri, in virtù del “carattere universale della libertà personale”, come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001.

Peraltro, va evidenziato che gli interventi normativi richiamati (decreti-legge n. 113/2018, n. 130/2020, n. 20/2023), sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede¹⁸, hanno ampliato notevolmente le ipotesi di privazione della libertà dei richiedenti asilo, fattispecie sì ammessa dalla CEDU e dal diritto

¹⁶ Si rinvia, tra gli altri, a G. AGOLINO, *Approccio hotspot e habeas corpus. Profili costituzionali*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna on line*, n. 2, 2022; M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *DIC*, n. 2, 2018; G. SAVIO, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane*, ASGI, giugno 2018.

¹⁷ D.l. n. 20/2023, convertito in l. n. 50/2023.

¹⁸ Si rinvia, tra gli altri, a E. CELORIA, *La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive*, in *ADiM Blog*, settembre 2023; E. VALENTINI, *Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?*, in *ADiM*

dell'Unione europea ma solamente in specifiche circostanze e nel rispetto di precise garanzie procedurali. Per quanto concerne la CEDU, la Corte di Strasburgo ha precisato che la detenzione è legittima se rientra in una delle ipotesi di cui all'art. 5, par. 1, lett. f (ad esempio, per l'identificazione delle persone che tentano l'ingresso irregolare nel territorio statale), sempre che sia prevista da una norma chiara ed accessibile, si protragga solamente per il tempo strettamente necessario e avvenga in condizioni dignitose. In quanto all'UE, la direttiva 2013/33/UE specifica che la privazione della libertà deve avere carattere *residuale*, potendo essere disposta, solo se *necessaria*, sulla base di una *valutazione caso per caso*, qualora non siano applicabili efficacemente *misure alternative meno coercitive* (art. 8, par. 2), che gli Stati membri sono tenuti a prevedere nell'ordinamento interno.

Tornando sulla questione dell'ampliamento delle ipotesi di detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, va segnalato che, accanto alle fattispecie di cui all'art. 6, d.lgs. n. 142/2015, è stata introdotta la possibilità di disporre la privazione della libertà, nell'ambito della procedura accelerata di frontiera, al solo scopo di accertare il diritto di ingresso nel territorio dello Stato, nel caso in cui il richiedente abbia presentato domanda di protezione internazionale direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, dopo aver tentato di eludere i controlli, o laddove provenga da un Paese di origine sicuro¹⁹, se non fornisce il passaporto o un'adeguata garanzia finanziaria²⁰. Nelle ipotesi di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 142/15, il trattenimento dovrebbe avvenire, di norma, nei centri per il rimpatrio (CPR), salvo che venga disposto ai fini della determinazione o della verifica dell'identità o della cittadinanza, in tal caso il luogo deputato è l'hotspot. In quanto alle ipotesi di cui all'art. 6bis, co. 4, il trattenimento avviene in appositi locali all'interno dell'hotspot. Tuttavia, nel caso

Blog, ottobre 2023; M. VEGLIO, *La bestia tentacolare: Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, www.asgi.it, 21 giugno 2023.

¹⁹ La lista è stata ampliata con il decreto del 17 marzo 2023.

²⁰ Su tale ipotesi, che ha subito delle modifiche normative nel tempo, si rinvia a C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: Commento al decreto del tribunale di Catania del 29 Settembre 2023*, in *DIC*, n. 2, 2023; V. PASSALACQUA, *Procedura di frontiera e trattenimento: profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione*, in *ADiM Blog*, ottobre 2023; A. PRATICÒ, *Le procedure accelerate in frontiera introdotte dall'articolo 7-bis del decreto legge n. 20 del 2023 convertito con legge n. 50 del 2023*, in *DIC*, n. 3, 2023; T.V. SANTANGELO, *Il trattenimento in frontiera dei richiedenti asilo provenienti da Paesi di origine sicuri: una privazione di libertà «per cittadinanza»?*, in *Questione giustizia*, 6 novembre 2023; M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM Blog*, settembre 2023.

di arrivi consistenti e ravvicinati, anche ai sensi di quest'ultima disposizione è possibile detenere i richiedenti nei CPR, situati in prossimità della frontiera o della zona di transito, per il tempo strettamente necessario all'accertamento del diritto di ingresso nel territorio statale. Alla luce di una lettura combinata degli artt. 6, co. 3-*bis*, e 6-*bis* del d.lgs. n. 142/15, che si riferiscono in modo espresso al trattenimento nei punti di crisi, si può sostenere che in questi ultimi venga disposta una vera e propria privazione della libertà personale. Non-dimeno, anche allo stato attuale, l'ambiguità non può dirsi superata, poiché nell'ordinamento italiano non è presente una disposizione che definisca in maniera inequivocabile tali centri come luoghi di detenzione e che ne regolamenti il funzionamento.

Ed è proprio su tale lacuna, già presente al momento dei fatti contestati, che fa leva la Corte di Strasburgo per constatare la responsabilità italiana con riguardo alla violazione dell'art. 5 CEDU già nella sentenza *Khlaifia*. Nel caso oggetto di esame i ricorrenti sono stati trattenuti nel CSPA, "formalmente considerato come un luogo di accoglienza e non di trattenimento", in assenza di una base giuridica e dell'adozione di un provvedimento formale e, di conseguenza, non potevano beneficiare delle garanzie dell'*habeas corpus*. È degno di nota che la Corte precisi che "Questa ambiguità legislativa ha dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà de facto" e che "il trattenimento in un CSPA sfugge al controllo dell'autorità giudiziaria"; soprattutto, statuisce che, "anche nell'ambito di una crisi migratoria", le circostanze or ora evidenziate non possono "conciliarsi con lo scopo dell'articolo 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria" (par. 106). Alla luce di tali constatazioni, la Corte non comprende in che modo le autorità avrebbero potuto segnalare agli interessati le ragioni alla base della privazione della libertà e fornire loro informazioni sufficienti perché potessero contestare dinanzi a un tribunale i motivi del trattenimento. Di conseguenza, ha accertato la violazione dell'art. 5, par. 1, 2 e 4.

La Corte è giunta a considerazioni analoghe nella sentenza *J.A.*, nella quale si è trovata a valutare il trattenimento de facto in un *hotspot*. Anche nel caso di specie, viene posta l'attenzione sull'assenza sia di una base legale chiara ed accessibile per la privazione della libertà, sia di un provvedimento formale che la disponga. Di conseguenza, il suddetto organo non è persuaso che i ricorrenti siano stati informati dei motivi alla base del trattenimento e della possibilità di ricorrere avverso tale condizione, e ha accertato la responsabilità statale per non aver adempiuto agli obblighi derivanti dall'art. 5 CEDU. È significativo che, pur prendendo atto degli interventi normativi che si sono registrati nell'ordinamento europeo e italiano, ampiamente illustrati nella sentenza, la

Corte rimanga dell'avviso che “*at the time of the facts, that is in 2017, the Italian regulatory framework did not allow for the use of the Lampedusa hotspot as a detention centre for aliens*” e auspichi che il governo chiarisca la natura di tali centri e le garanzie sostanziali e procedurali che vi devono trovare applicazione (par. 95-96)²¹.

La sentenza *J.A.* prende invece le distanze dalla precedente pronuncia *Khlaifia* per quanto concerne le condizioni di accoglienza dei migranti nel centro lampedusano, che erano state ritenute compatibili con gli standard dettati dalla CEDU poiché la Corte aveva attribuito rilievo alla “grande crisi migratoria in seguito ai fatti che hanno caratterizzato la «primavera araba»”, allo “stato di emergenza umanitaria sull'isola di Lampedusa”, all’“arrivo massiccio di migranti nordafricani”, che avevano determinato “considerevoli difficoltà di ordine organizzativo, logistico e strutturale” (par. 179). In *J.A.* viene invece ribadito il carattere assoluto dell'art. 3 ed escluso fermamente che le difficoltà collegate all'incremento degli arrivi possano esonerare gli Stati membri del Consiglio d'Europa dal rispetto dei propri obblighi derivanti dal dettato pattizio (par. 65), orientamento che aveva già ispirato la storica sentenza *Hirsi e altri c. Italia*²² (oltre che *Khlaifia e altri c. Italia* resa dalla Camera e *J.R. e altri c. Grecia*²³). Di conseguenza, il sovraffollamento e le condizioni igienico-sanitarie precarie non possono ritenersi compatibili con la suddetta disposizione.

Come si diceva, le pronunce rese sui ricorsi *M.A.*, *B.A.* e *A.S. c. Italia* si pongono nel solco tracciato da *J.A.* e non prevedono alcuna esimente rispetto ad eventuali situazioni di emergenza vissute dallo Stato Parte, a cui nemmeno viene fatto riferimento nel testo. Trattasi nel complesso di giudizi significativi, con i quali la Corte di Strasburgo torna a svolgere quella funzione di organo giurisdizionale posto a tutela di diritti *concreti ed effettivi* che gli viene attribuita dalla CEDU, finalmente smarcandosi dai governi e dalle loro esigenze di gestione delle migrazioni²⁴. Non sono ancora maturi i tempi per sostenere che si

²¹ Anche il Comitato dei Ministri, nella decisione del 13 giugno 2024 sull'esecuzione delle sentenze in commento (CM/Notes/1501/H46-18), ha espresso preoccupazione per i trattenimenti arbitrari – anche nei confronti di minori non accompagnati – che ancora si verificano nell'hotspot di Lampedusa e auspica che le autorità italiane chiariscano la natura dei punti di crisi, le norme che ne regolamentano il funzionamento e le garanzie che debbono trovarvi applicazione.

²² Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2023, *Hirsi e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09.

²³ Corte Edu, sentenza del 25 gennaio 2018, *J.R. e altri c. Grecia*, ric. n. 22696/16.

²⁴ Posizione che aveva connotato la giurisprudenza resa in materia di immigrazione a partire dalle sentenze *Khlaifia*, cit., e *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, sentenza

sia trattato di una deviazione temporanea dalla propria missione ma, alla luce delle ultime pronunce adottate, che confermano l'orientamento garantista di J.A.²⁵, possiamo affermare di aver ritrovato a Strasburgo un giudice sensibile agli abusi subiti dalle persone migranti ai confini dello spazio europeo²⁶. Ciò è tanto più rilevante tenuto conto che le politiche migratorie degli Stati sono sempre più connotate da prassi illegittime e lesive dei diritti fondamentali, e che la riforma del sistema europeo comune di asilo prevede la messa a sistema generalizzata dell'approccio hotspot e delle procedure accelerate e di frontiera, con tutte le criticità che potranno derivarne. Conforta, pertanto, poter contare ancora su un giudice a Strasburgo.

della Grande Camera del 13 febbraio 2020. Si rinvia ai rilievi critici di M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *DUDI*, 2, 2020, pp. 479-509; F.L. GATTA, *op. cit.*; A. SACCUCCI, *op. cit.*; D. VITIELLO, *Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini*, in *ADiM Blog*, Editoriale, aprile 2022.

²⁵ Si veda anche le sentenze del 16 novembre 2023, *A.E. e altri c. Italia*, ric. n. 18911/17, e del 23 novembre 2023, *A.T. e altri c. Italia*, ric. n. 47287/17, relative, tra l'altro, all'hotspot di Taranto.

²⁶ Sulla giurisprudenza riguardante le violazioni registrate ad altre frontiere europee si rinvia a F.L. GATTA, *La periferia del diritto. Hotspot, zone di transito e centri di trattenimento in frontiera: diritti negati alle porte d'Europa*, in *ADiM Blog*, ottobre 2023.

LA DETENZIONE ARBITRARIA DEI MIGRANTI
NELL'HOTSPOT DI LAMPEDUSA.
DA *KHLAIFIA ET AL C. ITALIA* A *J.A. C. ITALIA*:
A NEVER ENDING STORY

Caterina Drigo*

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Da *Khlaifia et al c. Italia* a *J.a. c. Italia: a never ending story*. – 2.1. La detenzione dei migranti all'interno degli hotspot. – 2.2. La violazione del divieto di espulsioni collettive.

1. *Profili introduttivi*

Con il caso *J.A. et al c. Italia*¹, alla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato richiesto di giudicare in merito al ricorso di quattro cittadini tunisini che, soccorsi in mare da una nave italiana, il 16 ottobre 2017 sono stati condotti presso il Centro di soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, identificato quale uno degli hotspot nazionali ove si possono svolgere gli adempimenti *ex art. 17* del D.L. 13 del 17.02.2017. I ricorrenti sono stati sottoposti a check-up medico, alle procedure di cui al mentovato art. 17 e, contestualmente, le autorità hanno consegnato loro opuscoli contenenti informazioni generali in merito alla richiesta di protezione internazionale, senza che però essi potessero comprenderne il contenuto. Il loro trattenimento presso il centro di Lampedusa si è protratto per 10 giorni, in condizioni descritte come inumane e degradanti, senza che fosse consentita alcuna interlocuzione con le autorità o con l'esterno².

Solo in data 26 ottobre 2017 i ricorrenti, unitamente ad altri 40 individui trattenuti presso il centro, sono stati trasferiti all'aeroporto di Lampedusa, ove hanno ricevuto il provvedimento di respingimento della questura di Agrigento: documento, questo, a loro non comprensibile e di cui non risulta consegnata a tutti una copia. A seguito di perquisizione, privati dei loro telefoni cellulari e ammanettati, sono stati trasferiti all'aeroporto di Palermo e di qui rimpatriati in Tunisia.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

¹ Corte Edu, sentenza del 30.03.2023, *J.A. et al c. Italia*, ric. n. 21329/18.

² Salva la possibilità, materiale, ma ufficiosa, di lasciare per qualche ora il centro utilizzando un'apertura della recinzione dell'hotspot.

Esaminando i fatti di causa e ricostruita la normativa nazionale e sovranazionale vigente, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato plurime violazioni della CEDU: il trattamento riservato ai ricorrenti e le condizioni di vita in essere nell'hotspot di Lampedusa sono state considerate lesive dell'art. 3 CEDU³; inoltre, l'Italia è stata ritenuta responsabile della violazione dei paragrafi 1, 2 e 4 dell'art. 5, nonché dell'art. 4 del protocollo n. 4 della CEDU. Le ulteriori censure mosse in relazione all'art. 2 del protocollo n. 4 e all'art. 13 CEDU sono state considerate assorbite.

2. *Da Khlaifia et al c. Italia a J.a. c. Italia: a never ending story*

2.1. *La detenzione dei migranti all'interno degli hotspot*

I sistemi di accoglienza nazionali si sono variamente articolati in parallelo al mutare delle prescrizioni europee di riferimento. In questa sede, ci si limiterà a riscontrare come l'apertura di hotspot, luoghi di frontiera – presentati dalla Commissione europea come parte dell'Agenda europea delle migrazioni del 2015 in presenza di un flusso massiccio di migranti e richiedenti asilo, e rivolti ad assicurare una prima accoglienza, identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti – abbia subito palesato una serie di criticità in relazione al trattamento loro riservato⁴.

Inizialmente previsti solo in Italia e Grecia, gli hotspot sono oggi presenti anche in altri Paesi membri dell'Ue, e tanto le prescrizioni nazionali quanto le

³ Profilo, questo, analizzato nel contributo di M. PORCHIA, *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2023, e non oggetto di approfondimento nel presente lavoro.

⁴ Per una ricostruzione del quadro normativo europeo ed interno si v. G. FELICI, M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspots italiani. Novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema penale*, n. 1/2022, 44 ss.; R. BROWNSWORS, *Migrants, State Responsibilities, and Human Dignity*, in *Ratio Juris*, 1/2021, 6 ss.; I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANGE, *Southern Europe: Turning "Reception" into "Detention"*, in I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANGE, *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the "Crisis"*, Springer, 2020, 255 ss.; D. LOPRIENO, *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale Scientifica, 2018; B. GORNATI, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'"evoluzione" dei CIE all'introduzione dei c.d."hotspot"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, 471 ss.; P. MARTUCCI, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea fra sicurezza, emergenza e continuità*, in S. AMADEO, F. SPITALIERI, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, 2015, 325 ss.

prassi applicative poste in essere possono presentare profili di incompatibilità sia con il diritto dell'Unione, sia con le disposizioni della CEDU⁵.

Gli hotspot si sono venuti a configurare come vero e proprio strumento permanente di gestione delle crisi migratorie e la strategia europea sui punti di crisi, variamente introiettata all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali con ricadute significative tanto a livello costituzionale, quanto a livello di compatibilità con il sistema convenzionale, ha aperto a non poche preoccupazioni in relazione all'incremento prevedibile di forme di trattenimento arbitrario. Come osservato, infatti, «l'approccio hotspot ha rappresentato la chiave di volta per costruire un «sottosistema» per la gestione sommaria delle domande d'asilo e l'implementazione di procedure di rimpatrio accelerate circondato da garanzie procedurali di secondo rango»⁶.

Gli aspetti più critici attengono al trattamento concretamente riservato ai migranti, alla pervasività e durata del loro trattenimento e ai profili di responsabilità statale ravvisabili ogniqualvolta non siano rispettati il principio di dignità umana e le disposizioni convenzionali. Sul punto la giurisprudenza di Strasburgo ha offerto, negli anni, alcune interessanti indicazioni⁷, ed è ritornata ad indagare la tematica, sviluppandola, con la decisione in commento⁸.

Di fronte alla censura relativa alla violazione dell'art. 5, parr. 1, 2 e 4, della CEDU, i giudici di Strasburgo hanno approfondito i criteri che consentono di distinguere fra privazione e mera restrizione della libertà personale, ribadendo la necessità di muovere dal contesto concreto e dall'analisi complessiva di una serie di profili, quali la *tipologia*, la *durata*, gli *effetti* e le *modalità di*

⁵ Si v., per l'Italia, la *Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza di stranieri nel territorio nazionale*, disponibile qui: https://documenti.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/051/003/INTERO.pdf, nonché la *Relazione al Parlamento 2022* del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, consultabile al seguente link: <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/8d31d77e25e800f9c0eb31448e8f03d8.pdf>.

⁶ G. CAMPESI, *L'approccio hotspot e il prezzo della coercizione*, in *Rivista il Mulino*, 14.02.2020, 1 ss.

⁷ Corte Edu, sentenza del 15.12.2016, *Kblaifia et al c. Italia* (GC), ric. n. 16483/12, su cui, *ex multis*, P. BONETTI, *Kblaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2017, 176 ss. M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Kblaifia* in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 3-4/2015, 50 ss.; si v. anche la Relazione finale del Comitato dei Ministri in merito all'esecuzione della decisione, disponibile qui: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a4b405.

⁸ Più di recente, in relazione alle condizioni di vita negli hotspots si v. anche C. Edu, sentenza del 13 giugno 2023, *H.A. et Autres c. Grèce*, ric. nn. 4892/18 et 4920/18.

implementazione delle misure adottate, già emersi nella propria consolidata giurisprudenza⁹

La mera *legalità* delle forme di privazione della libertà imposte, vale a dire il sostanzarsi in misure rispondenti a una procedura prescritta dalla legge, è elemento necessario, ma non sufficiente. Si richiede, altresì, l'assenza di *arbitrarietà*, concetto, questo, che «ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, si estende oltre la mancanza di conformità con il diritto nazionale, cosicché una privazione della libertà può essere legittima in termini di diritto interno ma, comunque arbitraria, e quindi contraria alla Convenzione»¹⁰.

I requisiti della *legalità* e della *non arbitrarietà* operano non solo in relazione alle restrizioni della libertà imposte al fine di impedire a un soggetto di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato (art. 5, par. 1, lett. f) CEDU, prima parte), ma anche in relazione a chi sia sottoposto a un procedimento di estradizione o di espulsione (art. 5, par. 1, lett. f) CEDU, seconda parte), e, in ogni caso, a differenza di quanto disposto alla lett. c) del medesimo articolo, non è richiesta una connessione ragionevole fra la misura limitativa della libertà personale adottata e la necessità di impedire la fuga o la commissione di un reato¹¹.

Nel caso oggetto di commento, la Corte ritiene applicabile la prima parte dell'art. 5, par. 1, lett. f), della CEDU in relazione ai dieci giorni di permanenza dei ricorrenti nell'hotspot (trovando applicazione la seconda parte del medesimo unicamente in relazione alle poche ore precedenti al rimpatrio) e, al fine di valutare se le misure restrittive della libertà personale si siano sostanziate in una restrizione ingiustificata e *unlawful*, i giudici hanno esaminato il quadro normativo nazionale e la natura dell'hotspot di Lampedusa alla luce dell'evoluzione normativa susseguente alla condanna dell'Italia nel citato caso *Khlaifia*.

Pur rilevando come l'*hotspot approach* si sia considerevolmente evoluto nell'ultimo decennio, la Corte ha riscontrato come l'hotspot di Lampedusa, ai sensi della normativa interna vigente (Art. 10-ter del D.Lgs n. 286/1998, siccome modificato dal D.L. 13 del 2017), possa essere concepito unicamente come mera «*identification and dispatching facility*» (par. 88) e non anche come «*de-*

⁹ *ex multis*, Corte Edu, *Khlaifia et al c. Italia*, cit., par. 64; Corte Edu, sentenza del 25.01.2018, *J.R. et al c. Grecia*, ric. n. 22696/16, parr. 83-84; Corte Edu, sentenza del 21.11.2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (GC), ric. n. 47287/15, par. 217; Corte Edu, sentenza del 03.10.2019, *Kaak et al c. Grecia*, ric. n. 34215/16.

¹⁰ *J.A. et al c. Italia*, cit., par. 80 e, in senso conforme anche Corte Edu, sentenza del 29.01.2008, *Saadi c. Regno Unito* (GC), ric. n. 13229/03, par. 67.

¹¹ Sul punto, si v. Corte Edu, sentenza del 05.02.2002, *Čonka c. Belgio*, ric. n. 51564/99.

tention center for aliens» (par. 95). Inoltre, è formulato un monito al legislatore nazionale, auspicandosi che l'organizzazione degli hotspot divenga oggetto di adeguata riforma normativa, funzionale a renderne più chiara l'intrinseca natura, così come i diritti, tanto di carattere sostanziale, quanto procedurale, dei soggetti che si trovano ad essere ivi trasferiti e trattenuti (par. 96).

I giudici di Strasburgo, quindi, hanno concluso accertando come le modalità di trattenimento dei ricorrenti si siano sostanziate in una arbitraria privazione della loro libertà personale ex art. 5, par. 1, lett. f) (prima parte) CEDU, esorbitando da quelle limitazioni della libertà che possono essere consentite a fini identificativi, di registrazione o audizione. Essi, infatti, non potevano lasciare l'area recintata dell'hotspot a causa dell'assenza di una previsione normativa chiara e accessibile, che stabilisse la durata massima della loro permanenza nel centro di crisi (parr. 97-98); non erano trattenuti in virtù di una «*reasoned measure ordering their retention*» (par. 97); erano sottoposti a condizioni di vita inumane e degradanti (parr. 97 e 67), non giustificabili nemmeno in un contesto di crisi come quello determinatosi a causa del massiccio afflusso di migranti.

Infine, richiamando argomentazioni già espresse con il caso *Khlaifia et al c. Italia* (parr. 117 e 132 ss.), la Corte ha condannato l'Italia per essere venuta meno agli obblighi scaturenti dai parr. 2 e 4 dell'art. 5 CEDU, non avendo proceduto a informare i ricorrenti delle ragioni sottese alla detenzione *de facto*, né avendo consentito loro di ricorrere contro siffatta detenzione (par. 98).

In relazione ai rilievi mossi al nostro Paese, la sentenza in commento pare, inoltre, essere in linea con alcuni rilievi critici formulati anche da osservatori (come *Amnesty international*), e organi internazionali¹².

2.2. La violazione del divieto di espulsioni collettive

L'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU vieta le espulsioni collettive degli stranieri e la Commissione europea dei diritti dell'uomo, già nel 1975, decidendo il caso *Becker c. Danimarca*, perimetrò il concetto includendovi «[q]ualsiasi misura dell'autorità competente che costringa gli stranieri come gruppo a lasciare il Paese»¹³. Nella nozione di espulsione collettiva vengono inclusi anche i respingimenti alla frontiera¹⁴, la non ammissione alla frontiera esterna

¹² *ex multis*, FRA Opinion – 3/2019, ma si v. anche Parlamento Europeo, EPRS, *Hotspots at EU external borders State of play*, 2018; Parlamento Europeo, *Migration and Asylum: a challenge for Europe*, 2018.

¹³ Commissione Europea dei diritti dell'Uomo, decisione del 3.10.1975, *Becker c. Danimarca*, ric. n. 7011/75.

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 21.10.2014, *Sharifi et al c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, par.

dell'area Schengen¹⁵ o le intercettazioni in alto mare volte ad impedire che lo straniero possa raggiungere il territorio di uno Stato, anche in assenza di un formale provvedimento che disponga l'espulsione¹⁶.

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte, pur non dovendosi «mettere in discussione né il diritto degli Stati di stabilire la loro politica sovrana in materia di immigrazione, possibilmente nel quadro della cooperazione bilaterale, né gli obblighi derivanti dalla loro appartenenza all'Unione europea», parimenti, «le difficoltà che [gli Stati, *nda*] possono incontrare nella gestione dei flussi migratori o nell'accoglienza dei richiedenti asilo non possono giustificare il ricorso a pratiche incompatibili con la Convenzione o i suoi Protocolli»¹⁷. Il termine «espulsione», quindi, va interpretato «nel significato generico, nell'uso corrente (allontanarsi da un luogo)» e il concetto di straniero desumibile dall'art. 4 in esame va inteso nel senso più ampio possibile, includendo «tutti coloro che non hanno un effettivo diritto alla cittadinanza in uno Stato, siano essi di passaggio in un Paese o risiedano o siano domiciliati in esso, siano essi rifugiati o siano entrati nel paese di propria iniziativa, o se sono apolidi o possiedono un'altra nazionalità»¹⁸, «indipendentemente dalla liceità del soggiorno [...] dal periodo di tempo [...] trascorso nel territorio, dal luogo» in cui sono stati arrestati; dallo «status di migrante o richiedente asilo» o dal «comportamento» tenuto in sede di attraversamento del confine¹⁹.

Con il caso in commento si ribadiscono gli approdi giurisprudenziali già consolidati, precisando come si debba includere nella nozione di espulsione vietata ai sensi dell'art. 4 del protocollo addizionale n. 4 qualsivoglia qualsiasi misura dell'autorità competente che costringa gli stranieri, come gruppo, a lasciare il Paese, tranne quando siffatta misura è adottata dopo e sulla base di un esame ragionevole e obiettivo dei casi particolari di ogni singolo straniero del gruppo»²⁰, e la Corte ha avuto anche modo di precisare e sviluppare una serie di indici in parte definiti anche con precedenti decisioni.

210; Corte Edu, sentenza del 23.07.2020, *M.K. et al c. Polonia*, ric. n. 40503/17, et al., par. 188 ss.

¹⁵ Corte Edu, sentenza del 13.02.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna* (GC), ric. nn. 8675/15 e 8697/15, par. 173.

¹⁶ Corte Edu, sentenza del 23.02.2012, *Hirsi Jamaa et al c. Italia* (GC), ric. n. 27765/09, par. 177 ss.

¹⁷ Corte Edu, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., 170, ma, più di recente, Corte Edu, sentenza del 25.06.2020, *Moustabi c. Francia*, ric. n. 9347/14, par. 132.

¹⁸ Corte Edu, *Hirsi Jamaa et al c. Italia*, cit., par. 174.

¹⁹ Corte Edu, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., 185.

²⁰ Corte Edu, *J.A. et al c. Italia*, cit., par. 106, e giurisprudenza ivi citata.

Dal punto di vista delle ipotesi applicative si può supporre di essere in presenza di una espulsione collettiva quando lo Stato l'abbia promossa quale decisione politica; in ragione dell'entità numerica dell'espulsione di gruppi di persone appartenenti alla medesima etnia o alla medesima nazionalità²¹; in relazione a respingimenti collettivi di gruppi di migranti e di richiedenti asilo in presenza di provvedimenti di espulsione sostanzialmente identici per una pluralità eterogenea di persone in assenza di verifica delle posizioni individuali, come nel caso in commento. Ne consegue che la motivazione del provvedimento di espulsione non può limitarsi a riferirsi a una generica condizione di "irregolarità". Da ciò si evince che il divieto di espulsioni collettive trova la propria ragion d'essere nel fatto che la posizione delle persone che ne sono oggetto venga accertata e valutata nella sua specificità, tenendo in adeguata considerazione «sia le circostanze specifiche che circondano l'espulsione contestata, sia "il contesto generale all'epoca dei fatti"»²². Inoltre, agli stranieri che ne facciano richiesta deve essere garantita la possibilità di consultare un legale²³ e particolare cautela muove i giudici di Strasburgo quando vengono in rilievo soggetti vulnerabili, come i minori²⁴.

Con il caso in commento la Corte europea ha ribadito come l'art. 4 del protocollo n. 4 non garantisca agli stranieri il diritto a una «*individual interview in all circumstances*», potendo i requisiti di tale disposizione essere soddisfatti anche se uno straniero destinatario di un provvedimento di espulsione abbia la possibilità, reale ed effettiva, di invocare gli argomenti contrari alla sua espulsione, e che questi siano adeguatamente esaminati dalle autorità dello Stato coinvolto (par. 106). Nel caso specifico, ai ricorrenti non solo non è stata garantita alcuna «*individual interview*» con le autorità prima di esser destinatari del provvedimento di espulsione, ma tale provvedimento, quantomeno quello consegnato in copia a due dei ricorrenti, presentava un contenuto standardizzato e generico e non consentiva di evincere lo svolgimento di alcun esame della condizione personale di ciascuno (par. 107)²⁵. In relazione agli

²¹ Cfr. Corte Edu, sentenza del 05.02.2002, *Čonka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, par. 59 ss. e Corte Edu, sentenza del 03.07.2014, *Georgia c. Russia (I)* (GC) ric. n. 13255/07, par. 167 ss.; Corte Edu, sentenza del 20.12.2016, *Shioshvili et al c. Russia* ric. n. 19356/07, par. 71 ss.; Corte Edu, sentenza del 20.12.2016, *Berdzenishvili et al c. Russia* ric. nn. 14594/07, et al., par. 83 ss.

²² Corte Edu, *Moustabi c. Francia*, cit., par 131; *Kblaifia e altri c. Italia*, cit., par. 238.

²³ Corte Edu, *M.K. et al. c. Polonia*, cit.

²⁴ Corte Edu, *Moustabi c. Francia*, cit.

²⁵ Sul punto anche il *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia* della Commissione straordinaria per la protezione e promozione dei diritti umani del Senato del

altri due ricorrenti, invece, non è stata messa a disposizione della Corte la documentazione relativa alla loro identificazione e all'esame della loro posizione.

La Corte, inoltre, nell'esaminare la posizione dell'Italia, prende in esame non solo il Rapporto del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale relativo alle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività)²⁶ e il suo Report al Parlamento del 2018²⁷ da cui si evinceva l'illegittima detenzione dei migranti nell'hotspot di Lampedusa in vista dell'esecuzione di respingimenti differiti, ma considera anche il *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia* della Commissione straordinaria per la protezione e promozione dei diritti umani del Senato del 2017²⁸ da cui risultava come l'opuscolo informativo consegnato ai migranti trattenuti nell'hotspot non potesse sostituire una «*proper interview*», per le modalità di formulazione e la scarsa comprensibilità per i migranti.

Infine, la Corte considera come i tempi molto celeri fra la sottoscrizione del «*refusal of entry order*» e l'effettivo rimpatrio, nonché l'assenza di consegna di copia della documentazione (per almeno due ricorrenti), non avrebbero consentito di invocare i rimedi giurisdizionali previsti dalla normativa vigente. A sostegno della propria decisione, peraltro, la Corte europea richiama anche una decisione della Corte costituzionale italiana (sent. n. 275 del 2017)²⁹ la quale, pur rigettando la q.l.c. prospettata in merito alla normativa nazionale sui respingimenti differiti, al contempo ha stimolato il legislatore nazionale a intervenire sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva vulnera la liber-

2017, disponibile qui: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/commissioni/dirittiumaniXVII/Cie_rapporto_aggiornato_2_gennaio_2017.pdf.

²⁶ Report del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale relativo alle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività).

²⁷ Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, *Relazione al Parlamento* 2018, disponibile qui: <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/bbb00eb9f2e4ded380c05b72a2985184.pdf>.

²⁸ Commissione straordinaria per la protezione e promozione dei diritti umani del Senato, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia* del 2017, consultabile al seguente link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/commissioni/dirittiumaniXVII/Cie_rapporto_aggiornato_2_gennaio_2017.pdf.

²⁹ V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in *federalismi.it*, 12 settembre 2018, 1 ss.

tà personale «e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.»³⁰.

Alla luce di quanto sopra, i giudici di Strasburgo, in linea con la giurisprudenza degli ultimi anni, hanno condannato l'Italia poiché la decisione di rimpatriare i ricorrenti e le modalità di esecuzione della stessa sono state ritenute integrare una espulsione collettiva vietata ai sensi dell'art. 4 del protocollo addizionale n. 4 della CEDU.

³⁰ Corte costituzionale, sentenza 8 novembre - 20 dicembre 2017, n. 275, pt. 4 del cons. in diritto.

LA PERIFERIA DEL DIRITTO.
HOTSPOT, ZONE DI TRANSITO
E CENTRI DI TRATTENIMENTO IN FRONTIERA:
DIRITTI NEGATI ALLE PORTE D'EUROPA

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Fatti di causa e decisione. – 2.1. Le zone di transito di Röszke e Tompa. – 2.2. Grecia: le condizioni dei centri per migranti di Moria e Polykastro. – 2.3. Malta: i centri di detenzione per migranti presenti sull'isola. – 2.4. Italia: l'hotspot di Lampedusa. – 3. Commento – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel mese di ottobre 2023 la Corte europea dei diritti umani (d'ora in poi: Corte EDU) ha reso diverse sentenze in materia di migrazione, tutte dichiarative di violazioni della CEDU da parte di Paesi collocati lungo le frontiere esterne dell'Ue: Italia, Malta, Grecia e Ungheria.

Questa giurisprudenza restituisce (e conferma) un quadro allarmante e di estrema gravità circa la situazione delle frontiere europee: un contesto dove lo stato di diritto si affievolisce sempre di più, in violazione delle più basilari cautele poste a presidio della dignità umana.

Le sentenze che ci si appresta a esaminare certificano un malfunzionamento generalizzato del sistema di accoglienza dei migranti e di gestione degli arrivi lungo il perimetro esterno dell'Unione. Non rappresentano, infatti, violazioni episodiche, bensì casi che si inseriscono nel solco di una pluriennale catena di violazioni dei diritti tutelati dalla CEDU. Questa circostanza non può non preoccupare anche e soprattutto nell'ottica della prossima adozione del pacchetto normativo del c.d. Nuovo Patto: riforma che intende fare proprio delle frontiere la sede principale di trattamento dei migranti in arrivo in Europa, attraverso una marcata proceduralizzazione dei loro diritti fondamentali.

2. *Fatti di causa e decisione*

L'esame delle sentenze rese dalla Corte europea nel periodo in considerazione è svolto procedendo in ordine cronologico e, nel caso di più pronunce,

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università della Tuscia.

con riferimento al medesimo Stato convenuto. Per ogni ricorso si fornirà una sintetica ricostruzione fattuale, seguita da alcune considerazioni a prima lettura. Le violazioni riscontrate dalla Corte riguardano gli artt. 3 (condizioni di trattenimento inumane e degradanti), 5 (detenzione non in conformità ai parametri convenzionali di legalità) e 13 (mancato accesso ad un rimedio effettivo) della CEDU.

2.1. *Le zone di transito di Röszke e Tompa*

Il 5 ottobre 2023 la Corte EDU ha pronunciato un gruppo di sentenze contro l'Ungheria a proposito del trattenimento di richiedenti asilo presso le zone di transito di Röszke e Tompa, situate al confine con la Serbia. Le sentenze si pongono in linea di continuità e coerenza con la precedente e ormai consolidata giurisprudenza¹.

Nel ricorso *M.A. e altri c. Ungheria*², una famiglia afghana (genitori e 3 figli minorenni di 4 mesi, 8 e 10 anni) veniva trattenuta presso la zona di transito di Röszke per oltre tre mesi. I ricorrenti venivano alloggiati in condizioni inadeguate in un container di 13 metri quadrati (problemi di riscaldamento durante l'inverno; scarsità e pessima qualità del cibo, che aveva portato a una sensibile perdita di peso dei bambini, nonché a vari episodi di disturbo mentale). La Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU a proposito delle condizioni di trattenimento dei ricorrenti minori (ma non dei genitori), nonché la violazione dell'art. 5, paragrafi 1 e 4, CEDU, a proposito dell'illegittimità dello stesso.

Le medesime conclusioni sono raggiunte nel ricorso *P.S. e A.M. c. Ungheria*³, relativo al trattenimento di due cittadini iracheni (madre e figlio minore) presso Tompa, l'altro centro di transito ungherese per migranti (per condizioni quali l'eccessiva temperatura a causa del caldo estivo, l'inadeguatezza del cibo, anche alla luce delle allergie alimentari del minore, la mancanza di assistenza speciale a favore della madre, la quale aveva manifestato diversi episodi di instabilità psichica, legati agli abusi e alla violenza domestica subiti in Iraq da parte del marito).

¹ V. Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, ric. n. 47287/15; Corte Edu, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. and Others v. Hungary*, ric. n. 36037/17; Corte Edu, sentenza del 2 giugno 2022, *H.M. and Others v. Hungary*, ric. n. 38967/17; Corte Edu, sentenza del 9 giugno 2022, *A.A.A. and Others v. Hungary*, ric. n. 37327/17; Corte Edu, sentenza del 24 febbraio 2022, *M.B.K. and Others v. Hungary*, ric. n. 73860/17.

² Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *M.A. and Others v. Hungary*, ric. n. 58680/18.

³ Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *P.S. and A.M. v. Hungary*, ric. n. 53272/17.

Infine, nel ricorso *O.Q. c. Ungheria*⁴, sempre relativo al centro di Tompa, un cittadino siriano veniva detenuto per otto mesi in condizioni degradanti. In particolare, al ricorrente veniva negato il cibo, a più riprese, per periodi fino a tre giorni. La deprivazione intenzionale del cibo da parte delle autorità ungheresi cessava solo a seguito di un ordine dei giudici di Strasburgo, emanato *ex art. 39* regolamento della Corte.

2.2. *Grecia: le condizioni dei centri per migranti di Moria e Polykastro*

Con la sentenza *E.F. c. Grecia*⁵ del 5 ottobre 2023, la Corte ha riscontrato una violazione degli artt. 3 e 13 CEDU a proposito del trattamento subito tra il 2019 e il 2020 da una donna camerunense positiva all'HIV alloggiata nei campi migranti di Moria (isola di Lesbo) e Polykastro (confine greco-macedone). Nonostante la autorità greche fossero a conoscenza delle condizioni mediche della ricorrente, queste si erano rapidamente deteriorate, stante l'assenza di somministrazione di trattamento antiretrovirale. Lo stato di salute della donna si era altresì aggravato a causa delle pessime condizioni in cui versavano i centri di accoglienza greci (sovraffollamento e conseguente necessità di dormire all'aperto, peraltro con le condizioni meteo e le temperature presenti nel mese di dicembre; servizi igienico-sanitari completamente inadeguati: in particolare nel campo di Moria, in un tendone con soli 9 bagni a disposizione per oltre 200 persone).

La Corte ha dichiarato la violazione della CEDU, sottolineando l'inerzia dello Stato greco nell'agire in risposta alla «*particulière vulnérabilité*» della donna ricorrente in quanto «*demandeuse d'asile gravement malade*» (§36).

2.3. *Malta: i centri di detenzione per migranti presenti sull'isola*

Con la sentenza nel caso *A.D. c. Malta*⁶ del 17 ottobre 2023, la Corte ha riscontrato varie violazioni della CEDU a proposito della detenzione di un minore di nazionalità ivoriana presso diversi centri per migranti a Malta. Il ricorrente, minore 17enne arrivato irregolarmente dalla Libia alla fine del 2021, veniva trattenuto per 225 giorni in varie strutture di detenzione, insieme agli adulti (sulla base di una valutazione dell'età condotta dalle autorità maltesi – in assenza di assistenza legale e del suo tutore – che lo qualificava come maggiorenne) e in pessime condizioni (accesso limitato all'acqua, alle cure mediche e al sostegno psicologico; assenza di qualsiasi comunicazione nella sua

⁴ Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *O.Q. v. Hungary*, ric. n. 53528/19.

⁵ Corte Edu, sentenza del 5 ottobre 2023, *E.F. v. Greece*, ric. n. 16127/20.

⁶ Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2023, *A.D. v. Malta*, ric. n. 12427/22.

lingua madre, unica nota, il francese; condizioni proibitive nei mesi invernali; abbigliamento e igiene inadeguati; assenza di spazi all'aperto o di spazi di preghiera). Il ricorrente, inoltre, veniva posto in isolamento in un container per 120 giorni, durante i quali la sua salute mentale peggiorava significativamente, portandolo a pensare al suicidio.

La sentenza – resa piuttosto rapidamente (in 1 anno e mezzo) per gli standard di Strasburgo – ha dichiarato la violazione degli artt. 3, 5 e 13 CEDU e si estende oltre il caso di specie, certificando una situazione grave e generalizzata di deficit nel funzionamento dei centri per migranti sull'isola maltese. Sulla base dell'art. 46 CEDU, infatti, la Corte ha indicato a Malta di adottare le misure generali necessarie per far fronte alla situazione, con particolare riguardo al ricorso sproporzionato alla detenzione in isolamento, all'utilizzo di strutture detentive comuni per minori e adulti e, più in generale, all'inadeguatezza delle condizioni di accoglienza ivi presenti.

2.4. Italia: l'*hotspot* di Lampedusa

Con le sentenze del 19 ottobre 2023 nei ricorsi *M.A. c. Italia*⁷, *A.B. c. Italia*⁸, e *A.S. c. Italia*⁹, la Corte ha riscontrato una violazione degli artt. 3 e 5 CEDU a proposito delle condizioni e della legittimità del trattenimento di alcuni cittadini tunisini nell'*hotspot* di Lampedusa. In linea con le conclusioni raggiunte in *J.A. e altri c. Italia*¹⁰, la Corte ha censurato, da un lato, le condizioni della struttura (sovraffollamento e scadenti condizioni igienico-sanitarie), dall'altro la mancanza di una base giuridica chiara per la detenzione, così escludendo che le autorità italiane avessero potuto informare i ricorrenti del fondamento giuridico della decisione di privarli della libertà, ovvero fornirgli informazioni sufficienti per contestare i motivi della detenzione davanti a un tribunale (dichiarando, pertanto, la violazione dell'art. 5 CEDU sotto i profili di cui ai paragrafi 1, 2 e 4).

⁷ Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *M.A. v. Italy*, ric. n. 13110/18.

⁸ Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *A.B. v. Italy*, ric. n. 13755/18.

⁹ Corte Edu, sentenza del 19 ottobre 2023, *A.S. v. Italy*, ric. n. 20860/20.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. and Others v. Italy*, ric. n. 21329/18, su cui si v. M. PORCHIA, *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, in questo Volume, p. 437 ss.; C. DRIGO, *La detenzione arbitraria dei migranti nell'hotspot di Lampedusa e la violazione del divieto di espulsioni collettive nuovamente al vaglio dei giudici di Strasburgo*, in questo Volume, p. 419 ss.; M. ROCCA, *J.A. and Others v. Italy – Is the European Court of Human Rights turning its focus to maritime migrants?*, in *EJIL:Talk!*, 17 aprile 2023.

3. *Commento*

La lettura congiunta delle sentenze sopra richiamate consente di svolgere alcune riflessioni d'insieme.

In primo luogo, da un punto di vista procedurale, si tratta di pronunce rese da un Comitato di tre giudici (con l'eccezione di *A.D. c. Malta*: sentenza di Camera), vale a dire, la più semplice formazione giudicante collegiale della Corte, incaricata di trattare e "smaltire" i casi ripetitivi e categorizzati come "seriali". Ciò evidenzia un duplice aspetto. Da un lato, la "normalità" delle violazioni determinate da contesti di frontiera: Moria, Lampedusa, Rösztke e Tompa rappresentano ormai le sedi di una ordinaria produzione di condotte incompatibili con la CEDU, "fabbriche" di violenza e abusi nei confronti di migranti e richiedenti asilo. Dall'altro lato, le sentenze in parola sono riconducibili al lavoro del nuovo Comitato tematico sull'immigrazione, istituito dalla Corte nell'estate 2023 per occuparsi della gestione dei «*cases on immigration matters falling within the Court's well-established case-law*»¹¹. Le pronunce sono state rese dal medesimo trio di giudici – Stéphanie Mourou-Vikström (Monaco), Lado Chanturia (Georgia) e Mattias Guyomar (Francia) – incaricati nella quinta sezione della Corte. Anche il raggruppamento dei ricorsi e delle conseguenti decisioni (3 contro l'Ungheria e 3 contro l'Italia) suggerisce l'approccio verso un trattamento più efficiente.

In secondo luogo, la casistica decisa dalla Corte si contraddistingue per violazioni eclatanti della Convenzione. Condotte come l'intenzionale mancata somministrazione di cibo; l'assenza di cure mediche specifiche pur avendo conoscenza delle patologie presenti; la detenzione prolungata e in isolamento di un minore (erroneamente considerato maggiorenne sulla base di accertamenti svolti in assenza di trasparenza e legalità) rappresentano atti incompatibili con il rispetto della dignità umana e delle più basilari libertà che lo spazio giuridico europeo impone di tutelare. È inaccettabile che sia la Corte EDU a dover intervenire con misura cautelare per ordinare di dare da mangiare a una persona intenzionalmente tenuta a digiuno per giorni¹².

In terzo luogo, le sentenze in commento rivelano l'assenza di risorse e competenze necessarie per gestire condizioni di vulnerabilità specifica del richiedente asilo. Minori, donne, giovani madri, malati: categorie di indivi-

¹¹ Su cui sia consentito di rinviare a F.L. GATTA, *La banalità dell'espulsione: il nuovo Comitato ad hoc sull'immigrazione istituito dalla Corte EDU*, in questo Volume, p. 545 ss.

¹² Si tratta di comportamenti ai quali, peraltro, l'Ungheria non è nuova: cfr. Corte Edu, sentenza del 25 agosto 2022, *W.O. e altri c. Ungheria*, ric. n. 36896/18, relativo al digiuno forzato per sei giorni di un cittadino afghano.

dui verso cui il diritto internazionale e dell'Unione impongono un obbligo di speciale attenzione e cura. I casi ungheresi, greco e maltese rivelano gravi omissioni da parte delle autorità nazionali, anche rispetto a specifici atti di *soft law*, come raccomandazioni e linee guida di UNHCR e EASO¹³. Emblematici appaiono, soprattutto, i casi di mancato rispetto del diritto internazionale dei minori, spesso giuridicamente “trasformati” in adulti mediante procedure di *age assessment* condotte in aperta violazione di basilari principi di trasparenza, legalità e *due process*¹⁴.

In quarto luogo, la giurisprudenza considerata fotografa lo stato di grave crisi del sistema di recepimento frontaliero dei migranti: sovraffollamento, strutture inadeguate o al collasso, condizioni di accoglienza insufficienti, mancanza di personale in grado di fornire assistenza adeguata e specifica. Pur riferendosi a fatti risalenti ad alcuni anni fa (essenzialmente al triennio 2017-2019), le sentenze in esame riflettono lo stato attuale critico di strutture di frontiera come Lampedusa e Moria, o le zone di transito ungheresi. Con *A.D. c. Malta*, la Corte ha altresì chiarito che la situazione dei centri per migranti sull'isola maltese è ormai insostenibile (e si tratta di sentenza relativa a fatti del 2021-2022). La casistica esaminata, inoltre, recando con sé violazioni dell'art. 13 CEDU, mette in luce la questione della compressione del diritto a un rimedio effettivo alle frontiere. L'inaccessibilità pratica – o, talvolta, l'inesistenza giuridica – di canali rimediali per il migrante conferma la presenza di problemi, spesso strutturali, di c.d. *border justice*.

4. *Considerazioni conclusive*

Le criticità evidenziate, in conclusione, destano preoccupazione ancora maggiore nell'ottica dell'adozione delle riforme del c.d. Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. Il nuovo sistema insisterà sulla frontiera come luogo chiave di filtraggio e smistamento della mobilità umana indesiderata. Come eviden-

¹³ Di cui v. in particolare i principi guida contenuti in EASO, *Strategy on reception*, marzo 2021, disponibile al seguente link: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/EASO_Strategy_on_Reception.pdf.

¹⁴ Sul tema la Corte Edu si è espressa per la prima volta nella sentenza del 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. n. 5796/17, su cui v. l'analisi di D. SIMON, M. KLAASSEN, *Age assessment and the presumption of minority as a prerequisite for effective human rights protection of asylum seekers: a discussion of Darboe and Camara v. Italy*, in *Strasbourg Observers*, 4 ottobre 2022; G. SANTOMAURO, *L'accertamento dell'età di fronte la Corte di Strasburgo: garanzie procedurali e sostanziali per il minore straniero non accompagnato richiedente asilo*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della giurisprudenza, settembre 2022.

ziato da più parti¹⁵, il meccanismo disegnato dal Nuovo Patto, facendo leva su procedure di asilo con trattenimento alla frontiera, potrebbe esacerbare due tendenze già evidenti: la standardizzazione dei controlli al di sotto di livelli minimi di tutela della legalità e del *due process*; e il rischio di sovraccarico delle strutture frontaliere presso cui i migranti vengono trattenuti.

Queste criticità si riflettono direttamente sui problemi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU. Da un lato, procedure accelerate sacrificano gli standard minimi di tutela e rischiano di pregiudicare il corretto esame di vulnerabilità specifiche, che esigono speciali garanzie individualizzanti. Dall'altro, il trattenimento di migranti in frontiera – durante l'esame della domanda d'asilo (fino a un massimo di 12 settimane) e, se questa è respinta, durante la susseguente procedura di rimpatrio (fino allo stesso periodo massimo) – rischia di aggravare i problemi di sovraffollamento di strutture già inadeguate o al collasso, tanto più in un contesto segnato da crisi e conflitti (Armenia, Palestina, Siria), potenzialmente produttivi di migliaia di sfollati e richiedenti asilo in pressione alle porte dell'Europa.

¹⁵ Cfr. J. VEDSTED-HANSEN, *Border Procedure: Efficient Examination or Restricted Access to Protection?*, in *EU Migration Law Blog*, 18 dicembre 2020; L. JAKULEVI IENE, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *EU Migration Law Blog*, 27 ottobre 2020; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of 'anomalous zones' for migration management*, in *ASILE*, 27 novembre 2020. Si v. anche ECRE, *Migration Pact Agreement Point by Point*, 9 giugno 2023; J. SUNDERLAND, *New EU Migration Deal Will Increase Suffering at Borders*, in *Human Rights Watch*, 9 giugno 2023.

CONDIZIONI DI DETENZIONE E RESPINGIMENTI COLLETTIVI: L'HOTSPOT DI LAMPEDUSA AL VAGLIO DELLA CORTE EDU

Marilù Porchia*

SOMMARIO: 1. I fatti in causa. – 2. La decisione. – 3. L'assenza di rimedi effettivi nell'ordinamento nazionale. – 4. Le condizioni inumane e degradanti indipendentemente dal profilo individuale. – 5. La *proper interview* come garanzia di un esame individuale.

1. *I fatti in causa*

Con pronuncia del 30 marzo 2023, la Corte europea dei diritti dell'uomo riscontra diverse violazioni da parte dell'Italia nella causa *J.A. e altri c. Italia*.¹ Il giudizio è instaurato da quattro cittadini tunisini, soccorsi in mare nell'ottobre 2017 e condotti presso l'*hotspot* di Lampedusa, ove sono stati detenuti per dieci giorni in condizioni inumane e degradanti, senza possibilità di interagire con le autorità. Dopo averli perquisiti e condotti all'aeroporto di Lampedusa e aver sottratto loro i cellulari, le autorità italiane hanno chiesto loro di firmare documenti di cui non è stata fornita copia. Solo successivamente gli interessati avrebbero compreso trattarsi della notifica di provvedimenti di respingimento. Dopo il trasferimento a Palermo in aereo, un rappresentante del consolato tunisino ha registrato le loro identità. Lo stesso giorno sono stati forzatamente rimpatriati in Tunisia.

2. *La decisione*

La Corte accerta la violazione dell'art. 3 della Convenzione (trattamenti inumani o degradanti) a causa delle condizioni dell'*hotspot*. Ritiene, in particolare, che l'impossibilità di lasciare l'*hotspot* equivalga a una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 della Convenzione (diritto alla libertà e alla sicurezza) e ne riscontra la violazione sotto diversi profili: in relazione al primo paragrafo, in ragione dell'assenza di una base legislativa alla detenzione in *hotspot*, che ne regolamenti anche la durata massima; in relazione al secondo e al quarto paragrafo, in quanto, in assenza di una base legislativa, le autorità

* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Università di Ferrara.

¹ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. e altri c. Italia*, ric. n. 21329/18.

non avrebbero potuto informare i ricorrenti delle ragioni giuridiche della loro privazione di libertà e fornire loro informazioni sufficienti a consentire la contestazione dei motivi della detenzione *de facto* davanti a un tribunale.

Infine, la Corte accerta la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione (divieto di espulsione collettiva di stranieri), non essendo la situazione dei ricorrenti stata valutata individualmente prima che venissero emessi i provvedimenti di respingimento, con conseguente violazione del divieto di espulsione collettiva.

3. *L'assenza di rimedi effettivi nell'ordinamento nazionale*

Il primo aspetto su cui si vuole portare l'attenzione riguarda l'ammissibilità del ricorso, contestata dal Governo per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne disponibili. Il Governo sostiene che i ricorrenti avrebbero potuto, ai sensi dell'art. 10, co. 2, del d.lgs. 142/2015, presentare una richiesta al prefetto per un permesso temporaneo di uscita dal centro o un reclamo davanti ai tribunali amministrativi e, nel caso in cui tale richiesta fosse rimasta inaudita o in caso di diniego, impugnare la decisione davanti al giudice civile. Inoltre, avrebbero potuto presentare un ricorso d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

La Corte rigetta le eccezioni, ricordando che le disposizioni di cui al d.lgs. 142/15 sono applicabili *ai soli richiedenti asilo*, qualifica di cui i ricorrenti erano privi. Nega l'esistenza di qualsivoglia via di ricorso interno per lamentare la «legittimità» della detenzione in hotspot e ritiene dunque il ricorso ammissibile. Possiamo desumere che, non pronunciandosi sull'art. 700 c.p.c., abbia implicitamente ritenuto questo strumento *non effettivo* nel caso di specie. Tale considerazione è di importanza cruciale, specie se letta congiuntamente alla decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2 dicembre 2021², con cui viene chiusa la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza di Grande Camera in *Kblaifia e altri c. Italia*³. La decisione del Comitato accerta, infatti, che «le informazioni e le decisioni giudiziarie fornite dalle autorità indicano, *con un sufficiente grado di certezza*, che la combinazione di rimedi civili preventivi e compensativi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e dell'art. 2043 c.c. può consentire ai migranti in detenzione amministrativa di presen-

² Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Resolution CM/ResDH(2021)424 del 2 dicembre 2021, *Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Kblaifia and Others against Italy*.

³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12.

tare richieste argomentate relative alle loro condizioni di vita davanti a un'autorità giudiziaria nazionale competente [...]». Tuttavia, le decisioni fornite dal Governo italiano riguardavano esclusivamente persone trattenute in CPR, mentre non era stato presentato un solo caso di cittadini stranieri trattenuti in hotspots vagliato dalle Corti civili.

I presupposti sui quali la procedura di esecuzione si era chiusa si palesano, dunque, in tutta la loro insufficienza: l'art. 700 era già presente nell'ordinamento italiano al momento della sentenza di Grande Camera in *Khlaifia* nel 2016, e tanto allora, quanto all'epoca dei fatti della sentenza in commento (nel 2017), si era mostrato un rimedio inadeguato e privo di effettività⁴. La conclusione della Corte è diametralmente opposta a quella del Comitato dei Ministri: non è possibile per i migranti detenuti in hotspot portare davanti a un'autorità giudiziaria nazionale competente questioni relative alla «legittimità» della detenzione. Non era possibile ai tempi dei fatti di entrambe le condanne, ma non è possibile tutt'ora: nessun'altro rimedio è stato da allora previsto nel nostro ordinamento, salvo il reclamo al Garante Nazionale introdotto nel 2020, che, oltre a non essere rivolto ad una autorità giurisdizionale, non è peraltro esperibile dai cittadini stranieri detenuti negli hotspot, a meno che non siano richiedenti asilo trattenuti a fini identificativi.

Invero, e qui ci ricollegiamo alla violazione dell'art. 5 co. 1, 2 e 4 della Convenzione, il d.l. 4 ottobre n. 113/2018 ha introdotto il co. 3-*bis* all'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015, il quale prevede che il richiedente asilo può essere a trattenuto, per il tempo strettamente necessario e comunque non oltre i trenta giorni, per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza in «appositi locali» degli hotspot. Dalla relazione al Parlamento del 2022 del Garante Nazionale⁵ risulta, tuttavia, che tale forma di detenzione amministrativa non sia stata fino ad ora mai utilizzata, né gli «appositi locali» risultano essere stati identificati all'interno delle strutture hotspot. Allo stesso tempo, come diverse organizzazioni nazionali⁶ ed internazionali⁷ riportano, i cittadini stranieri sono regolarmente detenuti dall'arrivo in hotspot, prima della loro

⁴ Per un commento si veda G. MENTASTI, *La libertà di corrispondenza nel CPR e la (mancata) regolamentazione delle condizioni di trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione*, in *Sistema penale*, 15 settembre 2021.

⁵ Garante Nazionale delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2022*.

⁶ ASGI, *Hotspot di Lampedusa, necessario permettere la possibilità di comunicare con l'esterno*, 10 marzo 2023.

⁷ ALARMPHONE, *Three thousand people in the Lampedusa hotspot: it is not an emergency, but a political choice!*, 21 febbraio 2023.

identificazione come richiedenti asilo o meno, fino all'eventuale rimpatrio. Dall'epoca dei fatti in sentenza quindi, nulla, sostanzialmente, appare essere cambiato⁸.

4. *Le condizioni inumane e degradanti indipendentemente dal profilo individuale*

Il secondo aspetto in commento riguarda la violazione dell'art. 3 della Convenzione, accertata dalla Corte sulla base delle condizioni di detenzione allegare dai ricorrenti. In questo caso, la violazione è riscontrata a fronte di una detenzione limitata nel tempo e in mancanza di condizioni di vulnerabilità o di una richiesta d'asilo da parte dei ricorrenti. L'incidenza di tali elementi nella valutazione dell'esistenza di una violazione dell'art. 3 della Convenzione è, invero, un orientamento consolidato nella giurisprudenza della Corte⁹.

In più occasioni la Corte ritiene non sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU in virtù dell'assenza di una condizione di vulnerabilità¹⁰ o dell'assenza della pendenza di una domanda d'asilo¹¹. In *M.S.S.*, riconosce la violazione dell'art. 3 nonostante il trattenimento sia durato solo pochi giorni, poiché «*the applicant, being an asylum-seeker, was particularly vulnerable because of everything he had been through during his migration and the traumatic experiences he was likely to have endured previously*»¹². Diversamente, in *Khlaifia* la Grande Camera non rileva la violazione, in ragione, *inter alia*, del fatto che i ricorrenti «[...] non erano richiedenti asilo, non avevano la vulnerabilità specifica inerente a questa qualità e non hanno affermato di avere vissuto esperienze traumatizzanti nel loro paese d'origine [...]»¹³.

In relazione alla durata della detenzione, nel caso *J.R. and others v. Greece*¹⁴ la Corte conclude che le condizioni nell'hotspot greco sull'isola di Chios non raggiungevano la soglia di gravità necessaria per essere considerate inu-

⁸ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Approccio Hotspot in Italia ed "habeas corpus" delle persone migranti*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2023.

⁹ H. O'BOYLE et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, p. 246.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 5 aprile 2011, *Rabimi c. Grecia*, ric. n. 8687/08, par. 63-86.

¹¹ Corte Edu, sentenza dell'11 giugno 2009, *S.D. c. Grecia*, ric. n. 53541/07, par. 49-54; Corte Edu, sentenza del 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grecia*, ric. n. 8256/07, par. 38-44, Corte Edu, sentenza del 22 luglio 2010, *A.A. c. Grecia*, ric. n. 12186/08, par. 57-65.

¹² Corte Edu, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, par. 232.

¹³ Corte Edu, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 194.

¹⁴ Corte Edu, decisione del 25 gennaio 2018, *J.R. e altri c. Grecia*, ric. n. 22696/16.

mane o degradanti, anche alla luce del periodo di detenzione di un solo mese. Egualmente, nel caso *Thiam*¹⁵, pur ammettendo l'inadeguatezza delle condizioni nella zona di transito aeroportuale di Milano (§ 38), ritiene che una detenzione pari a 4 giorni e 9 ore non sia un tempo sufficiente per integrare la violazione dell'art. 3 (§ 39)¹⁶.

Tuttavia, a fronte di condizioni di detenzione particolarmente severe, la Corte constata la violazione dell'art. 3, nonostante la breve durata della privazione della libertà¹⁷. E infatti, già in precedenza l'hotspot di Lampedusa è stato oggetto dell'attenzione della Corte in quanto luogo in cui le condizioni di detenzione avrebbero potuto qualificarsi come potenzialmente inumane e degradanti, anche a fronte di una breve durata della privazione della libertà. In *Khlaifia*, la Grande Camera dichiara espressamente di non poter ignorare la circostanza «che il CSPA di Lampedusa non era adatto a permanenze di parecchi giorni. Poiché tale struttura era attrezzata come centro di transito piuttosto che come centro di trattenimento, le autorità avevano il dovere di attivarsi al fine di individuare altre strutture di accoglienza disponibili e soddisfacenti, organizzando verso queste ultime il trasferimento di un numero sufficiente di migranti»¹⁸. In quel caso, tuttavia, la Corte non si è potuta pronunciare sul rispetto o meno di tale dovere, in quanto solo due giorni dopo l'arrivo dei ricorrenti il CSPA era stato devastato da un incendio. Da allora, la situazione non appare essere migliorata: l'hotspot di Lampedusa è stato chiuso per lavori di ristrutturazione a marzo 2018 in seguito a denunce di condizioni di vita disumane, ma, nonostante la riapertura, continua a presentare gravi carenze strutturali.

Ebbene, nella sentenza in commento, la Corte dimostra di esserne consapevole, non rilevando né la brevità della permanenza, né l'assenza di vulnerabilità, né la mancanza di qualificazione dei ricorrenti come richiedenti asilo, ma ritenendo implicitamente superate tali potenziali censure dall'allegazione delle gravissime condizioni materiali di detenzione. Dà infatti atto di come di-

¹⁵ Corte Edu, decisione del 30 agosto 2022, *Thiam c. Italia*, ric. n. 21329/16.

¹⁶ Identiche considerazioni si trovano in Corte Edu, (Grande Camera), decisione del 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13, par. 103.

¹⁷ Si veda Corte Edu, decisione del 24 gennaio 2021, *Brega e altri c. Moldavia*, ric. n. 61485/08, par. 39-43; Corte Edu, decisione del 21 ottobre 2014, *T. e A. c. Turchia*, ric. n. 47146/11, par. 91-99; Corte Edu, decisione del 15 dicembre 2019, *Gavrilovici c. Moldavia*, ric. n. 25464/05, par. 41-44; Corte Edu, sentenza del 10 dicembre 2009, *Koktysh c. Ucraina*, ric. n. 43707/07, par. 22 e 91-95; Corte Edu, sentenza del 16 aprile 2013, *Cășuneanu c. Romania*, ric. n. n. 22018/10, par. 60-62.

¹⁸ Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 197.

versi organismi nazionali e internazionali abbiano documentato le condizioni fatiscenti e sporche dell'hotspot di Lampedusa, sottolineando il sovraffollamento, la mancanza di servizi e di spazi, con particolare riferimento ai posti letto, nonché la generale scarsa igiene e inadeguatezza del centro. Semplicemente, «*having regard to the elements listed above, submitted by the applicants, and supported by photographs and by several reports*» (§ 64), in assenza di contestazioni da parte del Governo, la Corte accerta la violazione dell'art. 3. Riconosce, infatti, l'esistenza di una soglia oltre la quale non è più necessario procedere a una valutazione della situazione specifica del ricorrente in relazione alle condizioni di detenzione, essendo queste inumane e degradanti *indistintamente* per qualsiasi profilo di detenuto e *indipendentemente* dalla durata della detenzione.

Ricordando, in conclusione, la sua consolidata giurisprudenza secondo la quale, in considerazione del carattere assoluto dell'art. 3, le difficoltà derivanti dall'aumento dell'afflusso di migranti e richiedenti asilo, in particolare per gli Stati che costituiscono le frontiere esterne dell'Unione europea, non esonerano gli Stati membri del Consiglio d'Europa dai loro obblighi¹⁹, la pronuncia espone l'Italia, anche alla luce dell'incremento nel numero di persone attualmente detenute nell'hotspot di Lampedusa, a future nuove condanne²⁰.

5. *La proper interview come garanzia di un esame individuale*

L'ultimo aspetto in commento concerne il riconoscimento della violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU. Fino ad oggi, la Corte constata tale violazione soltanto in un numero limitato di cause²¹, di cui due sono però state

¹⁹ Si veda Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, par. 122; Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 223; Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 184; Corte EDU, *J.R. e altri c. Grecia*, cit., par. 137.

²⁰ Ministero dell'Interno, *Migranti, sbarchi a Lampedusa: hotspot al collasso*, Rai News 24, 20 febbraio 2023, consultabile su <https://www.interno.gov.it/it/migranti-sbarchi-lampedusa-hotspot-collasso>.

²¹ Tra cui: Corte Edu, sentenza del 5 febbraio 2002, *Čonka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, par. 60-63; Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 185; Corte Edu, (Grande Camera), sentenza del 3 luglio 2014, *Georgia c. Russia*, ric. n. 13255/07, par. 170-178; Corte Edu, sentenza del 5 dicembre 2014, *Sharifi e altri c. Austria*, ric. n. 60104/08, par. 214-225; Corte Edu, sentenza del 20 dicembre 2016, *Shioshvili e altri c. Russia*, ric. n. 19356/07, par. 70-72; Corte Edu, sentenza del 30 giugno 2022, *A.I. e altri c. Polonia*, ric. n. 39028/17, par. 63-64; Corte EDU, sentenza del 30 giugno 2022, *A.B. e altri c. Polonia*, ric. n. 42907/17, par. 49-55; Corte EDU, sentenza del 4 aprile 2022, *M.H. e altri c. Croazia*, ric. n. 15670/18 e 43115/18, par. 295-304; Corte EDU, sentenza dell'8 ottobre 2021, *Shahzad c. Ungheria*, ric. n. 12625/17,

riformate dalla Grande Camera²². È interessante notare come, a causa delle politiche di esternalizzazione delle frontiere portate avanti dall'Unione, è negli ultimi anni che l'accertamento delle espulsioni collettive da parte della Corte è aumentato esponenzialmente. Se fino al 2016 la Corte constata una violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 soltanto in quattro occasioni²³, da allora le decisioni di condanna sono state numerose.

Interessante è anche mettere a confronto le motivazioni delle sentenze in oggetto con quelle in cui la Grande Camera nel caso *Kblaifia* – in cui le modalità di allontanamento dal territorio dei ricorrenti erano state sostanzialmente identiche a quelle della causa in commento – ritiene non sussistente la violazione. È la stessa Corte, invero, a richiamare in *J.A e altri* l'iter motivazionale di *Kblaifia*, secondo cui per rispettare le obbligazioni di cui all'art. 4 Prot. 4 è sufficiente che sia offerta allo straniero la *genuina possibilità* di interloquire con le autorità sul proprio caso, senza che sia necessario condurre un colloquio personale²⁴. In *Kblaifia*, infatti, la Grande Camera condivide le argomentazioni del Governo, ritenendo la presenza di interpreti e mediatori culturali nell'hotspot sufficiente a far presumere la comprensione reciproca tra migranti e autorità. Inoltre, considera i dieci giorni di trattenimento un arco di tempo sufficiente ai ricorrenti per informare le autorità di eventuali motivi ostativi al rimpatrio²⁵. Di conseguenza, esclude la necessità del colloquio, non emergendo alcun rischio per la vita o l'integrità fisica dei ricorrenti ai sensi degli articoli 2 e 3 della Convenzione²⁶. Formula ambigua, che rischia, di fatto, di svuotare di significato l'articolo 4, Prot. 4, CEDU²⁷. Anche la natura relativamente semplice e standardizzata dei decreti di respingimento (leggasi: indicazione della sola cittadinanza), è accettata dalla Corte in *Kblaifia* sulla base del mancato possesso da parte dei ricorrenti di documenti di viaggio validi, e per non aver loro addotto timori legati all'espulsione.

par. 60-68; Corte EDU, sentenza del 25 giugno 2020, *Moustabi c. France*, ric. n. 9347/14, par. 133-137; Corte EDU, *Kblaifia e altri c. Italia*, cit., par. 153-158; Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, par. 102-108.

²² Corte EDU, *Kblaifia e altri c. Italia*, cit., par. 243-255; Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit. par. 206-232.

²³ Si veda Corte EDU, *Kblaifia e altri c. Italia*, cit., par. 242.

²⁴ Corte EDU, *J.A. e altri c. Italia*, cit., par. 106; Corte EDU, *Kblaifia e altri c. Italia*, cit., par. 248.

²⁵ *Ibidem*, par. 249.

²⁶ *Ibidem*, par. 276.

²⁷ *Ibidem*, Opinione parzialmente dissenziente del giudice Serghides, par. 11-12.

In *J.A e altri*, la mancata contestazione del Governo delle dichiarazioni dei ricorrenti, secondo i quali non vi era stato alcun colloquio con le autorità, precedente alla firma dei provvedimenti di respingimento, sembra portare la Corte a escludere ogni forma di presunzione relativa alla *genuina possibilità* offerta ai ricorrenti di interloquire con le autorità. Piuttosto, le circostanze fattuali in *J.A. e altri* danno prova inequivocabile del mancato esame delle situazioni personali dei ricorrenti: il testo standardizzato dei decreti di respingimento, la mancata comprensione del suo contenuto da parte dei ricorrenti, che non ne avevano ricevuto copia, il breve lasso di tempo tra la notifica dei provvedimenti e l'allontanamento. Né la scheda informativa utilizzata nell'hotspot di Lampedusa può essere qualificabile come un vero e proprio colloquio individuale: i report del Garante Nazionale e della Commissione straordinaria del Senato accertano che è un semplice questionario formulato in modo estremamente sintetico, somministrato, per giunta, durante le procedure di riconoscimento. La Corte non può, quindi, che accertare la violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4.

Diversamente dal caso *Kblaifia*, nel quale è stato argomento centrale, l'esistenza di accordi di *riammissione informali* tra il governo italiano e quello tunisino non è stata eccepita dal Governo. Tuttavia, anche alla luce dei possibili futuri accordi che lo Stato italiano intende assumere con lo Stato tunisino²⁸, questa decisione ribadisce un limite imposto dal diritto internazionale, spesso ignorato da tali accordi: il divieto, assoluto, di *refoulement*.

²⁸ EU News, *La commissaria Johansson in visita in Tunisia ad aprile. Con lei anche un ministro italiano*, 23 marzo 2023, consultabile su <https://www.eunews.it/2023/03/23/johansson-tunisia-aprile-ministro-italia/>.

AL DI LÀ DELLA FRONTIERA:
LA CORTE EDU CONDANNA NUOVAMENTE L'ITALIA
PER IL TRATTAMENTO DEI MIGRANTI IRREGOLARI
DURANTE LA "CRISI" DEL 2015

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti origine della causa e la sentenza della Corte EDU. – 3. La violazione dell'art. 3 CEDU: gestire le migrazioni o punire la mobilità? – 4. La violazione dell'art. 5 CEDU, ovvero, i mille volti della privazione della libertà personale dei migranti irregolari.

1. *Introduzione*

Con i due casi in commento, la Corte si esprime su un particolare fenomeno che ha caratterizzato negli ultimi anni la gestione delle migrazioni, in particolare nel 2015 a seguito della c.d. "crisi migratoria": quello che vede i migranti in arrivo alla frontiera trasferiti da un punto del paese all'altro a seconda delle esigenze delle autorità, quali ad esempio, l'identificazione e l'allontanamento. Gli spostamenti sarebbero stati motivati, *illo tempore*, dalla necessità di alleggerire la pressione alle frontiere e nelle zone di confine.

I fatti contestati si svolgevano in diversi punti della penisola e riguardavano, nel primo caso¹, l'arresto dei ricorrenti, il loro trasferimento da Ventimiglia presso l'hotspot di Taranto, nonché, infine, il tentato respingimento e le relative modalità di implementazione, di cui si darà conto in seguito. Nel secondo caso², i ricorrenti contestavano invece l'avvenuto respingimento, condotto, a loro parere, in assenza di una valutazione adeguata dei rischi che essi avrebbero corso in caso di rientro in Sudan.

2. *I fatti origine della causa e la sentenza della Corte*

I ricorrenti sono nove cittadini sudanesi giunti in Italia via mare. Nel primo caso, trattasi di un gruppo di quattro persone, transitate in vari punti della costa italiana. Nel secondo caso, il gruppo è composto da cinque ricorrenti, condotti in Italia a seguito di salvataggio in mare da parte della marina italia-

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli l'Orientale.

¹ Corte Edu, sentenza del 16 novembre 2023, *A.E. e T.B. c. Italia*, ric. n. 18911/17, 18959/17.

² Corte Edu, sentenza del 16 novembre 2023, *W.A. et al c. Italia*, ric. n. 18787/17.

na. Alcuni componenti del gruppo erano passati attraverso diversi hotspot e tutti e 9 i ricorrenti erano stati poi trasferiti a Ventimiglia presso il centro della Croce Rossa ivi operante.

I ricorrenti del primo caso riferiscono che tra il 17 e il 19 agosto, giunti a Ventimiglia, le autorità li hanno arrestati e forzatamente condotti presso una stazione di polizia, dove sono stati perquisiti e costretti a denudarsi, stato in cui sono rimasti per circa 10 minuti, fino a che non sono stati fotosegnalati e costretti a lasciare le impronte digitali. In seguito, le autorità li hanno fatti salire su un bus, senza fornire loro dettagli e informazioni circa il luogo verso il quale erano diretti, né il motivo del viaggio e della privazione della libertà personale cui erano sottoposti. Scesi dal bus dopo diverse ore di viaggio, i ricorrenti hanno realizzato di trovarsi a Taranto. Qui giunti, sono stati poi trasferiti presso l'hotspot della città e alcuni giorni dopo hanno ricevuto un rifiuto di ingresso. Il giorno seguente la notifica del provvedimento, il gruppo è stato nuovamente trasferito a Ventimiglia e, infine, presso l'aeroporto di Torino, dal quale avrebbero dovuto essere rimpatriati verso il Sudan. Tuttavia, non essendovi posti sufficienti sull'aeromobile, l'allontanamento è stato rimandato e i ricorrenti sono stati nuovamente trasferiti, questa volta presso il CIE di Torino, sulla base di un decreto questorile che ne ordinava il trattenimento. Dei quattro ricorrenti, uno dichiara di essere stato sottoposto a un nuovo tentativo di allontanamento, parimenti fallito. Egli, infatti, ha opposto resistenza alla misura, e per tale ragione dichiara di essere stato malmenato dalle autorità e di aver ricevuto dei colpi al viso e allo stomaco. In seguito, il ricorrente sarebbe stato legato e costretto sull'aeromobile, ma il pilota si sarebbe rifiutato di trasportarlo in ragione del suo stato di agitazione. Sarebbe stato così nuovamente trasferito presso il CIE di Torino. Tutti e quattro i ricorrenti del primo caso hanno in seguito ottenuto la protezione internazionale in Italia.

Quanto al secondo caso, i ricorrenti facevano parte invece del gruppo di persone rimpatriate attraverso il summenzionato aereo. Nello specifico, essi lamentavano di non essere mai stati informati della possibilità di fare richiesta di protezione internazionale.

I ricorrenti di entrambi i casi ritenevano che l'Italia non avesse sufficientemente valutato il rischio di essere sottoposti a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU in caso di rientro in Sudan. I ricorrenti del primo caso, inoltre, sollevavano una violazione dell'art. 3 CEDU anche per le condizioni materiali del loro trattenimento presso l'hotspot di Taranto, così come quelle del loro arresto e degli svariati trasferimenti da e per Ventimiglia. Gli stessi sostenevano inoltre che l'Italia non avesse rispettato l'art. 5 CEDU, in quanto la loro privazione della libertà personale durante i trasferimenti e la permanenza presso

l'hotspot, sarebbe avvenuta in assenza di una chiara base legale e di un atto che ne indicasse le ragioni, quantomeno sino al loro trattenimento nel CIE di Torino.

Sotto il profilo dell'art. 3 CEDU in connessione al rischio di *refoulement*, la Corte rigetta le doglianze di 8 ricorrenti, accogliendone solamente una. Infatti, quanto al primo caso (A.E. e T.B.), tutti i ricorrenti avevano ottenuto la protezione internazionale, e non erano più, dunque, a rischio di subire trattamenti contrari alla norma. Quanto al secondo caso (W.A. et al), la Corte ritiene che quattro dei cinque ricorrenti non abbiano sufficientemente dimostrato e motivato il suddetto rischio. Quanto all'unico caso accolto (W.A.), la Corte conclude che non vi sia stata una violazione della norma. Risulta infatti dai resoconti delle vicende, e dai documenti allegati al ricorso, che, contrariamente a quanto da egli affermato, al ricorrente fosse stato chiesto in svariate occasioni se desiderasse presentare domanda di protezione, e che egli abbia sempre risposto negativamente. Il ricorrente, inoltre, non si sarebbe limitato a dichiarare di non desiderare la protezione, ma avrebbe anche sottolineato che intendeva solo transitare attraverso l'Italia e non stabilirsi nel paese. Egli avrebbe inoltre dichiarato di appartenere a un gruppo a rischio di persecuzione in Sudan solo al momento della presentazione del ricorso alla Corte EDU e non già dinanzi alle autorità italiane.

Quanto all'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni materiali del trattenimento, nel primo caso la Corte accoglie le doglianze dei ricorrenti e ritiene che l'Italia abbia violato la disposizione. Infine, relativamente all'art. 5 CEDU, la Corte conclude che vi sia stata una violazione dell'art. 5(2) e (4) CEDU. Il commento si concentrerà sulle conclusioni della Corte nel caso A.E. e, in particolare, sulla violazione degli artt. 3 (in relazione alle condizioni materiali d'arresto dei ricorrenti) e 5 CEDU.

3. *La violazione dell'art. 3 CEDU: gestire le migrazioni o punire la mobilità?*

Il caso in commento restituisce una fotografia delle pratiche sviluppate attorno alla crisi migratoria del 2015, che ci permette di allargare lo sguardo oltre ciò che accadeva (e continua ad accadere) alla frontiera, e, dunque, per prima cosa, oltre le condizioni materiali all'interno degli hotspot, oggetto peraltro di numerose recenti decisioni della Corte EDU³.

Gli svariati trasferimenti cui i ricorrenti nel caso in commento sono stati

³ Corte Edu, sentenza del 30 marzo 2023, *J.A. e altri c. Italia*, ric. n. 21329/18.; sentenza del 19 ottobre 2023, *A.S. c. Italia*, ric. n. 20860/20; sentenza del 19 ottobre 2023, *M.A. c. Italia*, ric. n. 13110/18; sentenza del 19 ottobre 2023, *A.B. c. Italia*, ric. n. 13755/18.

sottoposti e le loro condizioni materiali, infatti, per quanto diffusi e noti in quel periodo, non sono mai stati oggetto di un ricorso alla Corte EDU⁴. Il governo italiano giustificava tali spostamenti con la necessità di alleggerire la pressione nelle zone di frontiera. La questione ci sembra tanto più rilevante in quanto tale pratica ci pare assimilabile a quella che attualmente prevede l'assegnazione, da parte delle autorità italiane, di porti di sbarco sempre più lontani rispetto al punto di salvataggio in mare, col fine, peraltro recentemente avallato dal TAR Lazio, di una più efficace gestione dell'ordine pubblico e di una maggiore e più equa distribuzione degli oneri derivanti dall'accoglienza dei migranti⁵. *In casu*, il trasferimento verso l'hotspot di Taranto, in particolare, sarebbe stato motivato dalla necessità di identificare i ricorrenti che, tuttavia, erano invero già stati fotosegnalati al loro arrivo e, nuovamente, presso la stazione di polizia di Ventimiglia. Come ipotizzato da alcuni, tale condotta parrebbe motivata da una sorta di "intento punitivo" verso il migrante irregolare, pulsione invero tradita in molteplici occasioni delle vicende in commento, come le "svestizioni forzate" e, ancora, la violenza fisica subita da uno dei ricorrenti nel tentativo di respingerlo⁶.

Invero, la ricostruzione delle vicende da parte della Corte, unita all'incapacità del governo italiano di fornire spiegazioni convincenti circa il ricorso a siffatte condotte, sembrerebbero tradire la prevalenza di tale aspetto "punitivo" su altri scopi. La Corte, in tal senso, ricorda che quando un soggetto si trova nella specifica condizione di essere sottoposto al potere delle autorità e in loro custodia, «any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by the person's conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention»⁷. Per tali ragioni, qualunque atto delle autorità che causi una mortificazione della dignità dell'individuo si pone potenzialmente in contrasto con la norma.

Ora, il giudizio della Corte sul caso di specie alla luce di tali principi si esprime su due temi specifici: quello delle condizioni materiali dell'arresto dei ricorrenti e dei loro trasferimenti, e quello relativo alla tentata implementazione del respingimento del secondo ricorrente. Quanto al primo profilo, la Corte pone particolare enfasi su due elementi: la denudazione dei ricorrenti e il trattamento subito durante i trasferimenti. Sul primo punto, la Corte osserva

⁴ F. FERRI, *Guerra al desiderio migrante. Deportazioni da Ventimiglia e Como verso gli hotspot*, in *Meltingpot europa*, 17 agosto 2016.

⁵ TAR Lazio, sentenza del 19 giugno 2023, n. 10402/2023.

⁶ F. FERRI, *op. cit.*

⁷ *A.E. e T.B.*, cit., § 81.

che la richiesta di denudarsi, in ragione della sua invasività, può essere giustificata esclusivamente da ragioni medico-sanitarie. Essa richiama così la propria giurisprudenza, nel cui quadro ha stabilito che lo specifico atto di costringere una persona a denudarsi costituisce «such an invasive and potentially debasing measure that it should not be applied without a compelling reason»⁸. Similmente, in *Safi et al c. Grecia*, la Corte ha ritenuto che una tale condotta, in assenza di motivi di sicurezza imperativi, possa far insorgere «chez les détenus le sentiment d'être victimes de mesures arbitraires», e che «Le sentiment d'arbitraire, celui d'infériorité et l'angoisse qui y sont souvent associés, et celui d'une profonde atteinte à la dignité que provoque l'obligation de se déshabiller devant autrui [...] peuvent caractériser un degré d'humiliation dépassant celui, tolérable parce qu'inéluctable, que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus»⁹.

Nel caso di specie, non si ritiene, in primo luogo, che le autorità e il governo italiano avanzassero delle “*compelling reasons*” tali da motivare il ricorso a un tale trattamento. Inoltre, la Corte valorizza lo stato di intrinseca vulnerabilità dei ricorrenti, determinata dal fatto che essi si trovavano privati della loro libertà personale in custodia delle forze dell'ordine, stato che implica per se un «inevitable element of suffering and humiliation involved in custodial measures»¹⁰.

La Corte inquadra poi tale trattamento nel contesto più generale delle condizioni materiali nell'arco di tutto l'arresto e della sua durata, compresi i trasferimenti nei bus. Ebbene, per la Corte, durante tutto lo svolgimento dell'arresto, i ricorrenti sono stati sottoposti al «constant control exercised by the police and the climate of violence and threats, which must have also been a source of distress»¹¹. Durante i trasferimenti nei bus, infatti, essi non avrebbero ricevuto acqua e cibo sufficienti, considerando che le vicende si svolgevano nel periodo estivo. Tali condizioni, unite alla durata dell'arresto e al fatto che ai ricorrenti non fosse in nessun momento stata comunicata la loro destinazione e il motivo del trattenimento, costituiscono, per la Corte, dei trattamenti che superano la soglia di gravità dell'art. 3 CEDU, configurandone una violazione¹².

⁸ *Ivi*, § 83; cfr. *ex plurimis* Corte EDU, sentenza del 22 febbraio 2007, *Weiser c. Austria*, ric. n. 2293/03, § 40.

⁹ Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2022, *Safi et al c. Grecia*, ric. n. 5418/15, § 191.

¹⁰ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaiifa e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, § 160.

¹¹ *A.E. e T.B.*, cit., § 86.

¹² In linea con quanto affermato in Corte EDU, sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila*

Il secondo tema di rilievo è quello dell'implementazione del respingimento di T.B. In tale contesto, la Corte ritiene che le autorità e il governo italiani non abbiano dato prova sufficiente dell'assenza di tali trattamenti perpetrati sul ricorrente, nonostante quest'ultimo fosse stato in grado di dimostrare *prima facie* di averli subiti. Nello specifico, il ricorrente dichiarava di essere stato malmenato al viso e allo stomaco, con conseguenti lesioni. Egli, inoltre, aveva presentato denuncia alle autorità del trattamento subito, senza che ad essa fosse tuttavia dato seguito. Il tema, sensibile ma poco affrontato, delle modalità di esecuzione dei rimpatri forzati è stato l'oggetto del Rapporto tematico 2021/2022 del Garante nazionale, che ha osservato come il possibile ricorso all'impiego della forza e/o di strumenti contenitivi sia assai diffuso ma non disciplinato da norme primarie, come invece vorrebbe qualunque forma di limitazione della libertà personale. In tale contesto, il garante osservava che «L'assenza di garanzie analoghe nel settore dei rimpatri forzati rischia di ledere il diritto di protezione fondamentale della persona privata della libertà nei confronti dell'agire coercitivo da parte dei poteri statali e apre a rischi di discrezionalità»¹³. Le vicende della sentenza in commento e la sostanziale impunità riservata alle autorità, si pongono in linea con quanto osservato e denunciato dal Garante.

4. *La violazione dell'art. 5 CEDU, ovvero, i mille volti della privazione della libertà personale dei migranti irregolari*

Venendo alla violazione dell'art. 5 CEDU, le vicende in commento ci paiono particolarmente eloquenti poiché ribadiscono una situazione ormai tristemente conosciuta che coinvolge le frontiere esterne italiane e gli hotspot. Da un lato, gli eventi reiterano l'assenza di una base legale per il trattenimento presso gli hotspot, questione affrontata ormai in numerose sentenze che hanno coinvolto l'Italia sin dal 2017 e che mostrano una sostanziale serialità delle violazioni dell'art. 5 CEDU¹⁴. La situazione specifica delle vicende, poi, mo-

Mayeka e Kainiki Mitunga c. Belgio, ric. n. 13178/03, § 58, nonché Corte EDU, sentenza del 21 giugno 2022, *Akkad c. Turchia*, ric. n. 1557/19, § 111-115.

¹³ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sull'attività di monitoraggio delle operazioni di rimpatrio forzato di cittadini stranieri (1° luglio 2021-15 settembre 2022)*, 9 gennaio 2023, p. 32

¹⁴ Si veda, M. PORCHIA, *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, aprile 2023; *ex plurimis* C. DRIGO, *Da Lampedusa a Strasburgo. Il trattenimento dei migranti all'interno dell'hotspot nuovamente al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPCE online*, n.

stra il deficit normativo che riguarda una particolare categoria di migranti che è rimasta esclusa dai, seppur problematici, interventi normativi che hanno in seguito tentato di dare una base legale al trattenimento presso gli hotspot (ad esempio, l'intervento più recente introdotto dall'art. 7 *bis*. L. 20/2023 riguardo al trattenimento durante la procedura di frontiera, che, tuttavia, si applica ai soli richiedenti protezione internazionale): quella dei migranti irregolari che non presentino domanda di protezione internazionale, nella fase della loro identificazione. Per questi ultimi, infatti, ai sensi dell'art. 14, TUI, il trattenimento a fini identificativi può essere disposto esclusivamente presso un CPR, non in un hotspot, e ove sussista un rischio di fuga, che può configurarsi nel caso di un reiterato rifiuto di sottoposizione ai rilievi fotodattiloscopici¹⁵.

Permane, dunque, la strutturale ambiguità della disciplina degli hotspot, una “chimera”¹⁶ le cui anomalie non potranno che aggravarsi considerando le future modifiche alla disciplina della migrazione e l'asilo nella UE tutt'ora in discussione¹⁷. Nel caso di specie, poi, l'arbitrarietà della privazione della libertà personale dei ricorrenti si estende anche oltre le strutture hotspot. Per la Corte, infatti, anche l'arresto ricorrenti, il loro trasferimento presso la stazione di polizia di Ventimiglia, prima, e presso l'hotspot di Taranto, poi, integrano una forma di privazione della libertà personale del tutto arbitraria, in quanto avvenuta in assenza di una base legale e nella totale inconsapevolezza dei ricorrenti circa il motivo del loro arresto e del loro trasferimento¹⁸.

In buona sostanza, considerando le precedenti pronunce sul caso Lampedusa (*supra*), è possibile affermare che la sentenza nel caso A.E. si inserisca nel solco di un rinnovato orientamento garantista della Corte¹⁹ riguardo alle vicende dei migranti che giungono alle frontiere italiane ed europee. Tale

2/2023.; R. PALLADINO, *Dal caso Kblaifia agli Hotspot: alcune riflessioni sulla compatibilità della detenzione dei migranti rispetto alla CEDU*, in *Iura and Legal Systems*, n. 2/2016.

¹⁵ Cfr. A. DEL GUERCIO, *C'è ancora un giudice a Strasburgo. Trattenimento arbitrario e violazione dei diritti umani nell'hotspot di Lampedusa*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, novembre 2023.; M. VEGLIO, *La bestia tentacolare. Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, in *Questione giustizia*, n. 3/2023.; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017.

¹⁶ M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018.

¹⁷ F.L. GATTA, *La periferia del diritto. Hotspot, zone di transito e centri di trattenimento in frontiera: diritti negati alle porte d'Europa*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, ottobre 2023.

¹⁸ A.E. e T.B., cit., § 104.

¹⁹ Cfr. A. DEL GUERCIO, cit.

orientamento, nella decisione in commento, coinvolge profili che trascendono il fenomeno degli hotspot e che mostrano come la soggezione ai pubblici poteri possa assumere le forme più varie.

*H.N. C. UNGHERIA: LA CORTE EDU RITORNA
SUL TRATTAMENTO DEI RICHIEDENTI ASILO
IN OCCASIONE DEL LORO INGRESSO SUL TERRITORIO*

Francesca Rondine*

SOMMARIO: 1. I fatti in causa e la decisione della Corte. – 2. Sul significato di “ammissione sul territorio” ai sensi dell’art. 5(1)(f) e sulla prerogativa statale di disporre il trattenimento degli “*unauthorised entrants*”. – 3. Sul trattenimento a scopi identificativi dei richiedenti asilo. – 4. I confini della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nella fase dell’ingresso sul territorio.

1. *I fatti in causa e la decisione della Corte*

Il 4 maggio 2023¹ la Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte Edu) si è pronunciata sul ricorso proposto da un cittadino iraniano avverso il suo trattenimento disposto nelle more della procedura di asilo. Il ricorrente giungeva clandestinamente in Ungheria, a Budapest, il 12 agosto 2014 e qui presentava richiesta di asilo. Il giorno successivo, le autorità lo immettevano nella procedura e contestualmente ne ordinavano il trattenimento sulla base dell’art. 31/A (1) (a) and (c) della legge no. LXXX del 2007 (Legge sull’asilo). La norma permette il ricorso al trattenimento nelle more della procedura di asilo quando ricorrano una serie di condizioni quali, inter alia, la necessità di stabilire l’identità e la nazionalità del richiedente e quest’ultimo si dimostri poco cooperativo e ostacoli la buona riuscita della procedura (paragrafo a) e/o vi siano motivi per ritenere che la persona stia ostacolando o ritardando la procedura di asilo o vi sia un rischio di fuga, col fine di raccogliere le informazioni utili all’avanzamento della procedura. (paragrafo c).

Nella fattispecie, le autorità ne disponevano il trattenimento in ragione del fatto che egli non era in possesso del passaporto e di documenti identificativi ufficiali. Queste ritenevano inoltre che non fosse possibile applicare misure meno afflittive, la cui verifica costituisce peraltro una precondizione legittimante il ricorso alla detenzione ai sensi della citata Legge sull’asilo. Il 15 agosto 2014 la Corte distrettuale di Drebcen prolungava il trattenimento del richiedente, il quale lo stesso giorno presentava una istanza alla stessa Corte

* Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale presso l’Università di Napoli L’Orientale.

¹ Corte Edu, sentenza del 4 maggio 2023, *H.N. c. Ungheria*, ric. n. 26250/15.

richiedendo il suo rilascio su cauzione. Il trattenimento veniva esteso dallo stesso organo una seconda volta nel mese di ottobre dello stesso anno e giungeva a conclusione nel mese di novembre, per decisione dell'autorità competente sulla domanda di asilo. Quest'ultima indicava che le ragioni alla base della misura non sussistevano più, senza fornire ulteriori dettagli. Il ricorrente lamentava una violazione della sua libertà personale sulla base dell'art. 5(1) e 5(4) CEDU. In particolare, egli riteneva che la sua detenzione fosse arbitraria, in ragione del fatto che la Corte competente l'aveva autorizzata e ne aveva disposto il prolungamento senza una appropriata valutazione dei motivi legittimanti, delle circostanze personali e della possibilità di ricorrere a misure meno restrittive, come peraltro prescritto dalla stessa Legge sull'asilo.

La Corte Edu ha giudicato le autorità magiare responsabili di aver violato l'art. 5(1) CEDU, analizzando le vicende nel quadro del paragrafo b) ed f). Quanto all'art. 5(1)(f), esso non è ritenuto applicabile, in ragione del fatto che il ricorrente era in possesso di un permesso di soggiorno per ragioni umanitarie. La legge ungherese prevede infatti il rilascio di un siffatto permesso a tutti i richiedenti protezione, entro tre giorni dalla presentazione della domanda di asilo. Per tale ragione, la presenza del ricorrente, e il suo ingresso sul territorio, non potevano più considerarsi "non autorizzate", decadendo così l'applicabilità del paragrafo f). Quanto all'art. 5(1)(b), la Corte afferma che le autorità, nel disporre il trattenimento del richiedente a fini identificativi, non abbiano rispettato i parametri richiesti dalla disposizione. Ciò perché, in primo luogo, non vi erano chiare e palesi indicazioni circa la mancanza di cooperazione tra il ricorrente e le autorità a tal fine. Inoltre, il ragionamento della Corte distrettuale ungherese alla base del prolungamento della misura appare alla Corte Edu carente rispetto alla valutazione della situazione personale del ricorrente. La Corte non ritiene necessario, alla luce della decisione e dei fatti in causa, esprimersi sulla violazione del diritto a presentare ricorso dinanzi a un Tribunale, ai sensi dell'art. 5(4). La sentenza in commento presenta almeno due punti di interesse, relativi al tema del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nella fase iniziale della procedura di asilo. In primo luogo, la Corte ritorna sull'art. 5(1)(f) e sul significato di "ammissione sul territorio" e "ingresso non autorizzato", specificandone i contorni. Inoltre, la Corte valuta la compatibilità del trattenimento anche alla luce dell'art. 5(1)(b), e, in particolar modo, della detenzione a fini identificativi dei richiedenti protezione. Le conclusioni rappresentano un interessante spunto per riflettere sui possibili argini al ricorso sistematico alla detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nella fase dell'ingresso sul territorio e della loro identificazione.

2. *Sul significato di “ammissione sul territorio” ai sensi dell’art. 5(1)(f) e sulla prerogativa statale di disporre il trattenimento degli “unauthorised entrants”*

Il primo profilo che in questa sede si vuole approfondire è relativo all’art. 5(1)(f), nello specifico al primo periodo della norma. Il paragrafo (f) permette il ricorso alla detenzione «se si tratta dell’arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio», in inglese «*the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country*». La Corte si è espressa in numerose occasioni sul significato della locuzione «*unauthorised entry*», sviluppando un orientamento decisamente favorevole alla prerogativa statale di ricorrere alla detenzione, specialmente quella in frontiera, dei migranti, anche qualora essi siano dei richiedenti asilo, poiché gli Stati godono di un «*undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory*». In *Saadi*, la Corte Edu ha così affermato che «*until a State has ‘authorised’ entry to the country, any entry is ‘unauthorised’ and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so, can be, without any distortion of language, to ‘prevent his effecting an unauthorised entry’*»².

Poco o nulla rilevava, nell’analisi della Corte, che il ricorrente fosse un richiedente asilo e che inoltre cooperasse con le autorità circa il buon andamento della procedura in cui era coinvolto. Infatti, ancora in *Saadi*, la Corte ha ritenuto che «*To interpret the first limb of Article 5 § 1 (f) as permitting detention only of a person who is shown to be trying to evade entry restrictions would be to place too narrow a construction on the terms of the provision and on the power of the State to exercise its undeniable right of control referred to above*»³. Da tale elemento, discende che ai fini dell’art. 5(1)(f), il fatto che il ricorrente sia un “*unauthorised entrant*” è sufficiente *per sé* ad autorizzare lo Stato a ricorrere a misure privative della libertà personale, senza che queste siano sottoposte a un test di necessità e di proporzionalità. In tal senso, è stato evidenziato come talvolta la Corte sia arrivata a sovrapporre lo status dei richiedenti protezione internazionale con quello dei migranti irregolari ai fini dell’applicazione della prima parte del paragrafo f⁴, sicchè «*the detention of*

² Corte Edu (GC), sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, ric. n. 13229/03., § 65

³ *Ibidem*.

⁴ *Ex plurimis*, E. CELORIA, *Controllo delle frontiere e detenzione dei richiedenti asilo: la CEDU non esce dalla sua ‘comfort zone’*, in ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, aprile 2022; L. MARIN, *The 2020 proposals for pre-entry screening and amended border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) Europe?*, in ADiM Blog, Analyses & Opinions, November

*potential immigrants, including asylum-seekers, is capable of being compatible with Article 5 § 1 (f)*⁵. Ancora in *Saadi*, la Corte menzionava una circostanza “attenuante” la decisione delle autorità di fare ricorso alla detenzione: la necessità di assicurare un esame rapido ed efficiente delle domande di asilo in un momento di aumento numerico repentino delle stesse.

A tal fine, secondo la Corte, il trattenimento permetteva di evitare anche il più lieve ritardo nelle procedure. Questo scopo, nel suo ragionamento, dimostrava la buona fede delle autorità e che, addirittura, la logica sottostante la creazione del regime detentivo nel caso di specie aveva l’obiettivo di arrecare beneficio alla situazione dei richiedenti asilo⁶.

Nella giurisprudenza successiva la Corte ha tuttavia mitigato tale automatismo insito nell’art. 5(1)(f). Lo ha fatto, in primo luogo, attraverso la valutazione dell’arbitrarietà della detenzione in relazione alla sua durata. In *Suso c. Malta*, e nel più recente *M.K. c. Ungheria*, nonostante i ricorrenti fossero degli “*unauthorised entrants*”, per la Corte il loro trattenimento non poteva più ritenersi giustificato nel quadro dell’art. 5(1)(f) poiché eccessivamente prolungato⁷. In *M.K.*, ad esempio, le autorità ritenevano che la misura avesse lo scopo di verificare l’identità del richiedente e assicurare che egli partecipasse alla procedura senza causare ritardi. Pur ammettendo che tali elementi potessero giustificare la misura, almeno nella fase iniziale della procedura di asilo, la Corte sostiene che la sua durata, di circa 5 mesi, fosse stata sproporzionata rispetto all’obiettivo di «*preventing an unauthorised entry*», specialmente dal momento in cui l’istanza del ricorrente era stata ammessa alla valutazione nel merito (e, dunque, aveva superato la fase dell’ammissibilità⁸).

Quanto poi al significato della locuzione “*unauthorised entry*” questione più strettamente connessa al caso in commento, la Corte Edu ha allo stesso modo delineato anche i casi in cui il trattenimento non è più giustificato dall’art. 5(1)(f), in quanto il ricorrente cessa di essere un “*unauthorised entrant*”. Trattasi di un elemento non trascurabile, alla luce della discrezionalità che la Corte lascia agli Stati nel definire cosa si intenda per “regolarità del soggiorno” ai sensi della norma convenzionale⁹. Basti pensare al fatto che i richiedenti asilo che giungono irregolarmente alla frontiera e che sono

2020; F. RONDINE, *La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo: detenzione sistematica ai confini dell’Europa?*, in ADiM Blog, Analisi & Opinioni, gennaio 2022.

⁵ *Saadi*, cit., § 64

⁶ *Ivi*, § 77

⁷ Corte Edu, sentenza del 23 luglio 2013, *Suso c. Malta*, ric. n. 42337/12.

⁸ Corte Edu, sentenza del 9 giugno 2020, *M.K. c. Ungheria*, ric. n. 46783/14, § 21.

⁹ *Suso c. Malta*, cit., § 97; cfr. anche per un raffronto con la normativa UE, J.R. RAMOS, *The*

immessi nella procedura di asilo non sono, per la Corte, formalmente autorizzati all'ingresso, pur essendo inespellibili. Già in *Dshijri c. Ungheria*, la Corte si era pronunciata sul tema, concludendo che la titolarità di un permesso di soggiorno provvisorio rilasciato per ragioni umanitarie al ricorrente, anch'egli richiedente asilo, escludeva che egli potesse essere considerato un “*unauthorised entrant*” ai fini dell'art. 5(1)(f) CEDU e che dunque potesse essere trattato sulla base della disposizione¹⁰. In un secondo caso, sovrapponibile al precedente, che coinvolge a sua volta l'Ungheria, la Corte è giunta a uguali conclusioni¹¹.

Nella sentenza in commento, dunque, la Corte pare consolidare una giurisprudenza che cerca di attenuare la prerogativa statale di disporre la detenzione in frontiera, o in ogni caso nelle more della fase iniziale della procedura di asilo e dell'ingresso sul territorio, affermata in *Saadi*, pur non smentendola. Lo fa perfezionando il significato della locuzione “*unauthorised entry*”: il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo per ragioni umanitarie, autorizzando il richiedente a permanere sul territorio in attesa dell'esito della procedura, seppur in maniera provvisoria, costituisce una autorizzazione formale all'ingresso ai sensi dell'art. 5(1)(f)¹². Il fine di garantire una procedura di asilo veloce e snella, pur menzionato dalla Corte Edu in *Saadi* per giustificare il ricorso alla detenzione del ricorrente, trova dunque un limite nell'eventualità di un rilascio di un siffatto permesso (si pensi, ad esempio, ai casi di rilascio di un visto con territorialità limitata e dei corrispondenti permessi di soggiorno ai sensi del Codice frontiere Schengen).

3. *Sul trattenimento a scopi identificativi dei richiedenti asilo*

Il secondo profilo analizzato dalla Corte è relativo al paragrafo b) dell'art. 5(1) CEDU. La norma permette la detenzione «*for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law*». Nel caso di specie, la legislazione magiara prevede l'obbligo per il richiedente asilo di cooperare con le autorità nel fornire tutti gli elementi utili alla definizione della sua situazione personale, nonché della sua identità e nazionalità. Specularmente, il trattenimento è ammesso in determinati e circoscritti casi. Tra questi, figura anche quello in cui «*the identity or nationality*

right to liberty of asylum-seekers and the European Court of Human Rights in the aftermath of the 2015 refugee crisis, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, n. 39/2020.

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 23 febbraio 2023, *Dshijri c. Ungheria*, ric. n. 21325/16, §§ 11-12.

¹¹ Corte Edu, sentenza del 5 luglio 2016, *O.M. c. Ungheria*, ric. n. 9912/15.

¹² H.N., § 7.

of the person seeking recognition is not clarified, in order to establish it» (art. 31/A(a)).

La stessa norma, tuttavia, impone alle autorità il ricorso alla misura solo sulla base di un esame delle circostanze individuali del richiedente e le obbliga a verificare l'efficacia di misure meno afflittive e restrittive. La disposizione chiarisce inoltre che il fatto che una persona abbia presentato domanda di asilo non è sufficiente, da solo, a motivare la decisione di porre la persona in regime detentivo.

La questione, inoltre, deve essere valutata alla luce dei principi elaborati dalla Corte circa l'applicabilità dell'art. 5(1)(b). Quest'ultimo infatti può essere invocato in casi specifici e circoscritti, ovvero quando: a) esiste un obbligo prescritto dalla legge che non è stato adempiuto¹³; b) le misure meno restrittive si siano dimostrate inefficaci¹⁴; c) l'obbligo in esame deve essere "*specific and concrete*", e l'arresto della persona deve essere realmente necessario ai fini del suo adempimento¹⁵.

In tal senso, la Corte riprende il ragionamento già elaborato nel precedente O.M., dove ha osservato che la legislazione magiara non impone ai richiedenti un obbligo di fornire prove documentali o ancora, documenti ufficiali, ma, diversamente, essa prescrive un più generale obbligo di cooperare con le autorità al fine di stabilire la loro identità e nazionalità¹⁶.

Nel caso in commento, il ricorrente era stato posto in detenzione solo in ragione dell'assenza di documenti ufficiali e del fatto che egli non aveva una rete amicale/familiare, né risorse sufficienti al proprio mantenimento nel paese, cosa che per le autorità avrebbe comportato un rischio di fuga. Per la Corte, tali ragioni non costituiscono motivo sufficiente a giustificare il ricorso al trattenimento, né, soprattutto, rappresentano una prova dell'assenza di cooperazione del ricorrente con le autorità. Allo stesso modo, la decisione di prolungare la misura, sulla base degli stessi motivi, non risulta sufficientemente individualizzata.

Con tale pronuncia, dunque, la Corte circoscrive anche i casi in cui le autorità possono ricorrere al trattenimento a fini identificativi, negando qualunque

¹³ Corte Edu, sentenza del 25 settembre 2003, *Vasileva c. Danimarca*, ric. n. 52792/99, § 36.

¹⁴ Cfr. Corte Edu, sentenza del 31 maggio 2011, *Khodorkovskiy c. Russia*, ric. n. 5829/04, § 136.

¹⁵ Cfr. Corte Edu, sentenza del 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia*, ric. n. 11152/84., § 36; S., sentenza del 22 ottobre 2018, S., V. e A. c. *Danimarca*, ric. n. 35553/12, 36678/12 e 36711/12., § 83; sentenza del 8 giugno 1976, Engel e altri c. Danimarca, ric. n. 5100/71; 5101/71. 5102/71; 5354/72; 5370/72., § 69.

¹⁶ § 49.

automatismo tra l'assenza di documenti in quanto indicatore di un rifiuto di cooperare con le autorità e dunque, motivo giustificante il trattenimento.

4. *I confini della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nella fase dell'ingresso sul territorio*

La sentenza in commento, pur riprendendo elementi già affermati in decisioni vertenti su vicende simili e di poco precedenti, pare confermare alcuni elementi recenti della giurisprudenza relativa all'art. 5(1) CEDU e alla detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, specialmente nella prima fase della procedura, quella che riguarda l'ingresso e l'identificazione.

Il ragionamento della Corte in relazione, in particolar modo, al paragrafo b) letto in rapporto al trattenimento a fini identificativi, potrebbe rappresentare un prezioso strumento per porre un limite alla detenzione sistematica a tal fine. In tal modo, inoltre, la rigidità del primo periodo dell'art. 5(1)(f) e dell'automatismo detentivo che esso comporta, può trovare una mitigazione quando il richiedente sia stato formalmente autorizzato all'ingresso e alla permanenza sul territorio ma sia trattenuto per la verifica della sua identità.

In buona sostanza, la decisione in commento chiarisce l'incompatibilità tra l'art. 5 CEDU e gli automatismi detentivi che affliggono la prima fase della procedura di asilo. Lo fa, in primo luogo, applicando i parametri del paragrafo b), art. 5(1) CEDU al trattenimento a fini identificativi. Allo stesso modo, pur non discostandosi nettamente dal suo orientamento sul paragrafo f), e sul significato della locuzione di "ammissione sul territorio", ne circoscrive i contorni con maggiore precisione.

LE GARANZIE PROCEDURALI

LA CORTE EDU NEL CASO *POKLIKAYEW*:
LE GARANZIE PROCEDURALI DELLO STRANIERO
DINANZI AL SEGRETO PER RAGIONI DI SICUREZZA NAZIONALE

Flavio Valerio Virzi*

SOMMARIO: 1. La Corte europea e i diritti procedurali dello straniero regolarmente soggiornante. – 2. Il caso *Poklikayew c. Polonia* in fatto. – 3. ...e in diritto. – 4. La giurisprudenza europea sui fattori di contro-bilanciamento. – 5. I fattori di contro-bilanciamento nell'ordinamento italiano.

1. *La Corte europea e i diritti procedurali dello straniero regolarmente soggiornante*

La pronuncia resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Poklikayew c. Polonia* sembrerebbe confermare la tendenza “garantista” che si registra nella giurisprudenza di Strasburgo con riguardo ai diritti procedurali degli stranieri, che abbiano fatto ingresso sul territorio dello Stato in maniera regolare. Il giudice, nel caso in commento, esercita un rigoroso sindacato sull'azione governativa, preservando il sistema di garanzie elaborato nel corso del tempo a favore dei migranti regolari, in un momento nel quale la stessa Corte appare orientata a rivedere al ribasso lo standard dei diritti dei migranti irregolari, forse in risposta alle istanze di natura politica provenienti dai Governi, che propugnano soluzioni più agili e meno garantiste per l'azione di controllo dei flussi migratori¹.

La Corte, in particolare, viene sollecitata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 1, prot. n. 7, della CEDU, ove è previsto che uno straniero regolarmente soggiornante sul territorio di uno Stato non può essere espulso, se non in esecuzione di un provvedimento conforme a legge, emanato all'esito di un procedimento ove lo straniero abbia potuto far valere le proprie ragioni. Il collegio fa applicazione di tale previsione in maniera conforme alla giurisprudenza pregressa, secondo cui le limitazioni ai diritti procedurali sono legittime se debitamente giustificate e accompagnate da taluni fattori di contro-bilanciamento, che consentano allo straniero l'effettivo esercizio del diritto di difesa.

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Roma Sapienza.

¹ Corte Edu, sentenza 22 giugno 2023, *Poklikayew c. Polonia*, ric. n. 1103/16.

Tale giurisprudenza, però, si rivela tutt'altro che pacifica nell'identificazione degli anzidetti fattori².

2. *Il caso Poklikayew c. Polonia in fatto*

Il sig. Poklikayew, un cittadino bielorusso regolarmente soggiornante in Polonia da diversi anni, viene a conoscenza dell'avvio di un procedimento di revoca del permesso di soggiorno giustificato da ragioni di sicurezza nazionale. Il sig. Poklikayew viene informato della generica accusa di collaborare con i servizi segreti della Bielorussia, un'accusa che le autorità polacche formulano sulla base di una serie di documenti che vengono contestualmente classificati come riservati. Il cittadino bielorusso fa formale istanza di accesso a tali documenti per poter esercitare il proprio diritto di difesa. Le autorità polacche respingono tale istanza e concludono il procedimento con l'adozione del provvedimento espulsivo.

Il sig. Poklikayew ricorre avverso tale provvedimento, argomentando in ordine alla violazione dei propri diritti procedurali e di difesa. Prima, si rivolge, in via amministrativa, all'Ufficio per gli stranieri, che respinge le sue allegazioni, assumendo che le autorità avessero ottenuto informazioni sufficienti a giustificare l'espulsione, nonostante l'impossibilità di comunicarle all'interessato per ragioni di sicurezza nazionale. Successivamente, si rivolge, in via giurisdizionale, al Tribunale amministrativo regionale di Varsavia e al Consiglio di Stato, che confermano l'esito del riesame.

Il Tribunale amministrativo, nello specifico, esclude la violazione del diritto di difesa, rilevando come il ricorrente, nonostante il diniego di accesso ai documenti riservati, avesse potuto prendere parte al procedimento, producendo alcune memorie. Il Consiglio di Stato esclude anch'esso tale violazione, evidenziando come l'anzidetto diniego fosse stato controbilanciato proprio dall'intervento del giudice di primo grado, che aveva potuto accedere ai documenti riservati ed esaminare la veridicità e la pertinenza delle informazioni contenute al loro interno.

Il cittadino bielorusso, esperite tutte le vie di ricorso dell'ordinamento giuridico della Polonia, si rivolge allora alla Corte europea dei diritti dell'uomo,

² Sulla giurisprudenza europea in tema di limitazioni alle garanzie procedurali per ragioni di riservatezza legate alla sicurezza nazionale, cfr. VIGILENCA ABAZI, CHRISTINA ECKES, *Closed Evidence in EU Courts: Security, Secrets and Access to Justice*, in *Common Market Law Review*, 2018, n. 55, p. 753 ss. e LIISA LEPPÄVIRTA, *Procedural Rights in the Context of Restrictive Measures: Does the Adversarial Principle Survive the Necessities of Secrecy?*, in *European Papers*, 2017, vol. 2, n. 2, p. 649 ss.

contestando al Governo polacco la violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU, per non aver garantito l'effettivo esercizio dei suoi diritti procedurali e di difesa.

3. ...e in diritto

La Corte europea, nel vagliare il merito del ricorso avanzato dal sig. Poklikayew, ridefinisce i termini della questione, inquadrandola nell'art. 1, prot. n. 7, CEDU, attraverso la valorizzazione di un precedente significativo.

La Corte, infatti, ritiene di poter desumere dal caso *Muhammad and Muhammad c. Romania* del 2014 due principi generali: che le limitazioni alle garanzie procedurali possono essere considerate legittime soltanto se debitamente giustificate e che dette limitazioni non possono impedire l'esercizio del diritto di difesa, dovendo essere controbilanciate in modo da salvaguardare il diritto al contraddittorio dello straniero destinatario del provvedimento di espulsione. Tali principi fondano l'argomentazione del giudice, che si svolge attraverso due verifiche inerenti alla giustificazione delle limitazioni e alla identificazione di fattori idonei a controbilanciare le stesse, sulla base della massima per cui «*less stringent the examination by the national authorities of the need to place limitations on the alien's procedural rights, the stricter the Court's scrutiny of the counterbalancing factors would have to be*»³.

La prima verifica si risolve in senso negativo. Le autorità amministrative e giudiziarie polacche giustificano il diniego di accesso ai documenti riservati sulla scorta di un generico rinvio all'esigenza di sicurezza nazionale, senza testare la proporzionalità della loro scelta: «*In the Court's view*», si legge nella sentenza del giudice europeo, «*it does not appear that the domestic authorities carried out any examination of the need to limit the applicant's procedural rights and to decline to disclose the classified information to him*».

La seconda verifica si risolve anch'essa in senso negativo, data l'impossibilità di identificare fattori sufficienti a controbilanciare l'anzidetto diniego.

La Corte effettua tale ultima verifica sulla scorta di un apposito test, articolato in diversi fattori di contro-bilanciamento: i) la pertinenza delle informazioni comunicate allo straniero sui motivi della sua espulsione («*the relevance of the information disclosed to the alien as to the grounds for his or her expulsion*»); ii) la possibilità per lo straniero di accedere, anche solo in parte, ai documenti contenenti tali informazioni («*the access provided to the content*

³ Corte Edu, sentenza 15 ottobre 2020, *Muhammad and Muhammad c. Romania*, ric. 80982/12.

of the documents relied upon»); iii) la comunicazione allo straniero di informazioni inerenti agli stessi fattori di compensazione («*disclosure to the alien of information as to the conduct of the proceedings and the domestic mechanisms in place to counterbalance the limitation of his or her rights*»); iv) la possibilità dello straniero di farsi rappresentare nel corso del procedimento, nonché la presenza di un'autorità terza e imparziale («*whether the alien was represented and whether an independent authority was involved in the proceedings*»).

Quanto al primo fattore, la Corte rileva che le autorità polacche si erano limitate a formulare addebiti generici al ricorrente, senza riportare i fatti specifici che avevano indotto a ritenere che lo stesso collaborasse con i servizi segreti bielorusi. Quanto al secondo e al terzo fattore, il giudice osserva come le anzidette autorità non soltanto avevano denegato al ricorrente l'accesso ai documenti fondanti il provvedimento espulsivo, ma non avevano neppure comunicato allo stesso informazioni circa modalità alternative per l'accesso, né messo a disposizione una lista di avvocati autorizzati a esaminare tali documenti. Quanto, infine, al quarto fattore, il collegio osserva che, nonostante il Tribunale amministrativo regionale di Varsavia e il Consiglio di Stato potessero essere considerati autorità giudiziarie terze e imparziali, il ricorrente non aveva avuto modo di contestare efficacemente dinanzi alle stesse le accuse mossegli, essendo in possesso soltanto di informazioni vaghe.

4. *La giurisprudenza europea sui fattori di contro-bilanciamento*

La pronuncia della Corte europea sul caso *Poklikayew c. Polonia* si pone in sostanziale continuità con la giurisprudenza pregressa, ribadendo che le limitazioni alle garanzie procedurali degli stranieri possono essere considerate legittime soltanto se giustificate e sempre se accompagnate da fattori di compensazione, che consentano allo straniero l'esercizio del diritto di difesa.

Il giudice di Strasburgo, tuttavia, nella verifica di tali fattori non sembrerebbe attribuire alcuna rilevanza al fatto che il Tribunale amministrativo regionale di Varsavia aveva esercitato le proprie prerogative per accedere esso stesso ai documenti riservati: si tratta di una vera e propria omissione, che pare tanto più degna di nota se si considera che il Consiglio di Stato aveva valutato l'accesso giudiziario come sufficiente a garantire il diritto di difesa. Tale forma di accesso, nondimeno, appare controversa, come può evincersi, oltre che dal caso *Muhammad and Muhammad*, da una serie di altri precedenti relativi a controversie inerenti alla violazione degli art. 6 e 13 CEDU.

La Corte europea, in effetti, in talune occasioni si è espressa favorevolmente rispetto a tale forma di accesso, sia pure per il tramite di argomentazioni

fortemente divisive, come nel caso *Regner c. Repubblica Ceca*, del 2017, o nel più risalente caso *Fitt c. Regno Unito* del 2000, entrambi decisi a maggioranza. Nel caso *Regner*, l'opinione dissenziente si appunta sul fatto che all'acquisizione delle informazioni riservate da parte degli organi giudiziari non avesse fatto seguito alcuna forma di comunicazione nei confronti del ricorrente, rendendo di fatto impossibile la sua difesa: all'interno della stessa, peraltro, si sottolinea come tali organi, sebbene terzi e imparziali, non sono nella posizione di operare una difesa d'ufficio («*the court is in a way being transformed into the applicant's advocate: it must itself mount the applicant's defence, detect any possible flaws in the case and formulate the applicant's submissions. It will thus assume a role that certainly does not belong to it*»), né di sottrarsi al condizionamento dell'autorità amministrativa («*the secret services [...] have almost total command of the contents*»)⁴. Nel caso *Fitt*, diversamente, l'opinione dissenziente si appunta sulla mancata considerazione di alternative maggiormente garantiste, quale il ricorso alla figura dello *Special Advocate*, che pure qualche anno prima era stato invocato dallo stesso collegio⁵.

Al di là di questi precedenti, la Corte europea si è espressa in maniera critica rispetto all'accesso giudiziario in altre occasioni, come in *Rowe e Davis c. Regno Unito* del 2000 e in *Chahal c. Regno Unito* del 1996, ove peraltro viene manifestato un generale favor proprio per la figura da ultimo citata⁶.

Il giudice, nel caso *Chahal*, mutua la previsione dello *Special Advocate* dall'esperienza giuridica del Canada e lo eleva a fattore di contro-bilanciamento di elezione, tanto da spingere il Governo convenuto a recepirlo: tale figura, così come delineata nel *Canadian Immigration Act* del 1976, è integrata da un avvocato in possesso di un nulla osta di sicurezza, abilitato ad accedere alle informazioni riservate e rappresentare il ricorrente dinanzi agli organi giudiziari nel corso dell'esame di tali informazioni⁷.

5. I fattori di contro-bilanciamento nell'ordinamento italiano

La giurisprudenza della Corte europea sulla garanzia dei diritti procedurali sollecita un raffronto con i fattori che l'ordinamento giuridico italiano

⁴ Corte Edu, sentenza del 19 settembre 2017, *Regner c. Repubblica Ceca*, ric. 35289/11.

⁵ Corte Edu, sentenza del 16 febbraio 2000, *Fitt c. Regno Unito*, ric. 29777/96.

⁶ Corte Edu, sentenza del 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis c. Regno Unito*, ric. 28901/95 e sentenza del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ric. 22414/93.

⁷ Per un approfondimento sulla figura dello *Special Advocate*, cfr. JOHN JACKSON, *The role of special advocates: Advocacy, due process and the adversarial tradition*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2016, vol. 20, n. 4, p. 343 ss.

è in grado di offrire al fine di contro-bilanciare le limitazioni all'accesso ai documenti. Tale raffronto suggerisce che, nonostante nella nostra legislazione non sia rintracciabile un istituto assimilabile all'accesso giudiziario o allo *Special Advocate*, il diritto di difesa dello straniero dinanzi a un provvedimento espulsivo fondato su informazioni riservate può essere garantito in maniera adeguata, ai sensi della l. n. 241 del 1990, artt. 22 e 24, e della l. n. 124 del 2007, art. 42⁸.

La portata delle anzidette disposizioni è stata recentemente esplicitata dal Consiglio di Stato con la sent. n. 8106 del 2019, in cui, sulla scorta delle indicazioni fornite dallo stesso collegio in sede consultiva con il parere n. 1226 del 2014, si afferma che «il diritto di accesso prevale sulle esigenze di riservatezza [...] nel caso in cui sia effettivamente indispensabile per l'utilizzo difensivo, costituendo il diritto alla tutela giurisdizionale uno dei principi cardine dell'ordinamento costituzionale». La l. n. 241/1990, in effetti, all'art. 22 prevede che l'autorità amministrativa deve garantire l'accesso ai documenti in suo possesso ai soggetti che siano portatori di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata agli stessi documenti, e tale accesso, ai sensi dell'art. 24, c. 7, non può essere denegato neppure in presenza di esigenze di riservatezza correlate alla tutela della sicurezza nazionale, almeno in tutti i casi in cui il soggetto interessato voglia avvalersi di esso per la propria difesa in giudizio. La l. 124/2007, all'art. 42, c. 8, prevede che l'autorità giudiziaria può consentire l'accesso, sia pure tramite mera presa di visione e senza estrazione di copia, altresì ai documenti classificati diversi da quelli sui quali sia apposto segreto di Stato⁹.

Il raffronto tra le statuizioni del giudice di Strasburgo e il nostro ordinamento giuridico, piuttosto, fa emergere talune perplessità rispetto all'efficacia dei fattori di contro-bilanciamento, derivanti dal diniego di accesso ai documenti su cui l'autorità amministrativa abbia apposto proprio un segreto di Stato e ciò in ragione del fatto che la l. n. 124 del 2007, all'art. 40, riserva tale accesso alla sola Corte costituzionale nei soli casi in cui l'autorità giudiziaria coinvolta sollevi un conflitto di attribuzione.

Il principio di effettività del diritto al contraddittorio, ciò nonostante, induce a ritenere sempre valida la soluzione avanzata dal TAR Lombardia, sez. Brescia, nella sent. n. 1140 del 2007. In questa pronuncia, nel sindacare il

⁸ Sul tema del segreto nel diritto processuale amministrativo, cfr. S. TRANQUILLI, *Il segreto in giudizio. Contributo allo studio del rapporto tra diritto di difesa e tutela della segretezza nel processo amministrativo*, Napoli, 2023.

⁹ Cons. St., sez. IV, sentenza 27 novembre 2019, n. 8106.

provvedimento di espulsione, motivato sulla scorta di alcune informazioni riservate, inerenti ai rapporti che un cittadino del Pakistan, destinatario dello stesso, avrebbe avuto con persone vicine a una cellula terroristica di matrice islamica, il giudice pone l'autorità amministrativa dinanzi a un'alternativa secca: acconsentire spontaneamente alla produzione dei documenti, almeno per la parte relativa alle informazioni pertinenti ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, ovvero non produrli, rinunciando però alla prova rilevante circa il fondamento della motivazione del provvedimento ed esponendo lo stesso al conseguente rischio di annullamento¹⁰.

¹⁰ TAR Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 6 novembre 2007, n. 1140.

IL DINIEGO DI ATTI AUTORIZZATORI IN MATERIA MIGRATORIA: LA RILEVANZA DELLE SOPRAVVENIENZE

Marco Magri*

SOMMARIO: 1. La questione delle “sopravvenienze” nei procedimenti autorizzativi in materia migratoria. – 2. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 3491/2023. – 3. Il diverso orientamento del C.G.A.R.S. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *La questione delle “sopravvenienze” nei procedimenti amministrativi in materia migratoria*

La sentenza qui commentata¹ fa parte di un recente indirizzo giurisprudenziale che si contraddistingue per il tentativo di ricostruire alcune peculiarità del giudizio amministrativo avente ad oggetto il diniego di atti di autorizzazione in materia migratoria².

Nel caso di specie l'Ufficio territoriale del Governo – Sportello Unico per l'Immigrazione di Caserta aveva respinto l'istanza di emersione del lavoro irregolare presentata da un cittadino straniero ai sensi dell'art. 103 del d.l. n. 34/2020, perché durante il procedimento costui non aveva depositato la documentazione integrativa richiestagli dallo Sportello Unico con la comunicazione del preavviso di rigetto, là dove si indicavano precisamente gli attestati mancanti.

Senza successo il cittadino straniero, nel ricorso di primo grado, aveva cercato di dimostrare che lo Sportello Unico per l'Immigrazione non gli aves-

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università di Ferrara.

¹ Cons. Stato, sez. III, sentenza del 3 aprile 2023, n. 3421 (riforma TAR Campania, sentenza del 27 maggio 2022, n. 3613).

² Il caso in esame concerne un provvedimento di diniego dell'istanza di emersione del lavoro irregolare, ma principi affermati appaiono tali da poter essere estesi a tutti i procedimenti autorizzativi. Si veda infatti, in tema di diniego del permesso di soggiorno, Cons. Stato, sez. III, sentenza del 1° giugno 2022, n. 4467; a cui risale la motivazione adottata dalla sentenza in esame. Ad essa sono seguite Cons. Stato, sez. III, sentenza del 6 ottobre 2022, n. 8580; sentenze del 29 settembre 2022, n. 8388 e n. 8378; sentenze del 13 settembre 2022, n. 7939 e n. 7954; sentenze del 9 settembre 2022, n. 7873 e n. 7875; sentenza del 30 agosto 2022, n. 7586; sentenza del 19 agosto 2022, n. 7306; sentenza del 18 agosto 2022, n. 7237 e n. 7249; sentenza del 5 agosto 2022, n. 6935; sentenza del 1° agosto 2022, n. 6738 e n. 6765; sentenze del 25 luglio 2022, n. 6506 e n. 6507; sentenza del 14 luglio 2022, n. 6002; sentenza del 13 luglio 2022, n. 5951; sentenze del 12 luglio 2022, n. 5828 e n. 5857; sentenza del 28 giugno 2022, n. 5356; sentenza del 10 giugno 2022, n. 4763; sentenza del 9 giugno 2022, n. 4695.

se comunicato il preavviso di rigetto; quando era *per tabulas* che il preavviso gli fosse stato recapitato all'indirizzo da lui stesso indicato nell'istanza, con l'esplicito avvertimento che la mancata consegna della documentazione mancante entro la data stabilita (4 gennaio 2022) avrebbe comportato il rigetto dell'istanza stessa.

In appello però il ricorrente, oltre a ribadire i vizi già sollevati davanti al TAR – tutti respinti anche dal Consiglio di Stato, in quanto manifestamente infondati – sosteneva di avere, a prescindere dal preavviso di rigetto, una diversa ragione: affermava di avere “ancora” diritto al rilascio del titolo, nonostante l'avvenuto perfezionamento dell'atto negativo.

Lo Sportello Unico non poteva infatti contestare, davanti al Consiglio di Stato, che il ricorrente avesse consegnato poi – nelle more del processo – la documentazione necessaria ai fini dell'accoglimento dell'istanza di emersione, in ottemperanza a quanto gli era stato richiesto prima del provvedimento impugnato; che quindi il ricorrente si fosse attivato, anche se soltanto dopo il provvedimento di diniego e (almeno, in parte) finanche dopo la sentenza di primo grado.

In situazioni come questa, non rare nei procedimenti autorizzativi in materia migratoria, il problema si presenta in quanto coesistono due risultanze contrastanti: da un lato, l'indiscussa legalità del contegno dell'amministrazione durante il procedimento autorizzativo, dunque l'infondatezza del ricorso nella parte in cui solleva i vizi procedurali; dall'altro, l'esistenza almeno di un principio di prova che il ricorrente abbia, comunque, al momento in cui il giudice si pronuncia, i requisiti per l'autorizzazione, a prescindere dalla circostanza che l'amministrazione non abbia potuto accertarli perché non erano maturati all'epoca del procedimento oppure perché, come nel caso di specie, la relativa documentazione non era stata prodotta o era stata prodotta irrisultante.

La soluzione individuata dal recente indirizzo del Consiglio di Stato, a cui si accennava, consiste nel riconoscere al giudice la possibilità di una sentenza che «annulla il provvedimento impugnato in primo grado», nonostante quest'ultimo risulti «pienamente legittimo».

In questa formula – è opportuno andare subito al punto – si trovano rielaborati ed applicati alcuni principi in tema di sentenza costitutiva (art. 2908 c.c.): l'oggetto dell'accertamento compiuto dal giudice amministrativo non cade sulla violazione dell'interesse, ma direttamente sulla sussistenza delle condizioni previste dalla legge affinché si produca la modificazione giuridica richiesta dal cittadino straniero. La pronuncia del giudice amministrativo viene in questo modo a produrre effetti costitutivi o di accertamento costitutivo nel senso più autentico dell'espressione, appunto perché la modificazione

giuridica si sgancia dalla lesione, si presenta determinata da un *quid* che non combacia più con l'accertamento della invalidità del provvedimento impugnato, bensì con l'accertamento di una situazione soggettiva potestativa o, se si preferisce (come il Consiglio di Stato, v. *infra*) di un "rapporto" o ancora e forse più esattamente – ma il celebre dibattito non può essere qui neppure minimamente abbozzato – alla sentenza e a null'altro che agli effetti di questa³.

In ogni caso, sembra di poter dire che il fenomeno, in termini processuali, sia piuttosto inedito e meriti una certa attenzione: il tipico effetto demolitorio del giudicato amministrativo è surrogato da un effetto di "convalidazione" dell'atto impugnato, che la sentenza produce in quanto statuisce sulle sopravvenienze istruttorie: quando l'amministrazione valuterà, con il margine di apprezzamento discrezionale che le compete, la documentazione comprovante le condizioni soggettive per il rilascio dell'autorizzazione, non lo farà perché deve riparare a una lesione perpetrata alla sfera giuridica del cittadino straniero, ma semplicemente perché il giudice amministrativo ha riaperto il procedimento amministrativo con la propria sentenza di annullamento.

Tanto è vero che in molte di questi casi la rivalutazione delle sopravvenienze è imposta dal giudice già dalla fase cautelare, tramite l'adozione di una "ordinanza propulsiva".

Di qui la curvatura del processo amministrativo verso la logica della funzione o, come afferma il Consiglio di Stato, del «rapporto», che toglie al procedimento qualsiasi efficacia preclusiva e impone al giudice di tener conto direttamente di tutti i fatti sostanziali, anche dei fatti sopravvenuti all'atto di diniego e persino di quelli posteriori alla notificazione del ricorso introduttivo del processo di primo grado – legittimamente e ovviamente, quindi, non acquisiti dall'amministrazione – se questi indicano una ragionevole possibilità di provvedimento favorevole.

Ciò in quanto le circostanze posteriormente documentate, anche se irrivalenti e quindi non conoscibili al momento dell'adozione dell'atto, hanno inciso sulla situazione giuridica dell'interessato ed è quest'ultima (non l'atto) a costituire l'oggetto immediato del processo.

2. *La sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 3141/2023*

³ Per questa tesi, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Torino, 1980, p. 1 ss. e i richiami di C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Digesto disc. priv. – sez. Civile*, Torino, 1991; cfr. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; per una diversa impostazione I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.

Di regola «nei giudizi di impugnazione», aveva ribadito il Consiglio di Stato in altra pronuncia, solo pochi giorni prima, «la legittimità dell'atto impugnato va valutata con riguardo esclusivo alla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della sua adozione, restando irrilevanti le eventuali sopravvenienze, secondo il consolidato principio *tempus regit actum*»⁴.

Il principio è confermato anche nella sentenza in esame, nella quale il Collegio «ritiene» che le «circostanze allegate dall'appellante non comportano l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto lo stesso è il risultato di una decisione maturata sulla base della valutazione della documentazione esistente nel momento della sua adozione, sulla scorta del principio del *tempus regit actum*, inidonea ai fini della regolarizzazione del lavoratore straniero, stante la mancata indicazione della sistemazione alloggiativa del predetto, requisito necessario per il buon esito della procedura di emersione». È quindi chiaro che «l'Amministrazione non poteva (...) che determinarsi in quel modo specifico e pertanto, sotto questo profilo, l'appello non può trovare accoglimento».

Tuttavia, «il sindacato di legittimità dell'atto» non può limitarsi «alla verifica della ragionevolezza e della proporzionalità della decisione dell'amministrazione secondo quanto conosciuto dalla stessa al momento in cui aveva maturato la propria determinazione».

Il «giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso», deve evolvere in un «giudizio sul rapporto (...), volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata», per cui è fondamentale una valutazione non «di tipo statico, ancorata al provvedimento impugnato, ma (...) di tipo dinamico», il cui fine ultimo è «evitare il concretizzarsi di un pregiudizio per la situazione giuridica sostanziale». Ciò è tanto più vero nelle ipotesi «come quella in esame, in cui oggetto del giudizio sono diritti fondamentali della persona umana che possono trovare tutela nel quadro di un idoneo bilanciamento con i valori essenziali della sicurezza e della sostenibilità dei flussi migratori». Secondo il Consiglio di Stato, infatti, vi è una «specificità della questione al vaglio giurisdizionale», tale per cui si «impone una valutazione più ampia sulla possibile

⁴ Cons. Stato, sez. V, sentenza del 28 marzo 2023, n. 3141, che cita per tutte Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 6 giugno 2022, n. 4587; sentenza del 3 giugno 2021, n. 4246; Cons. Stato, sez. III, sentenza 15 maggio 2012, n. 2801; Corte Cost., ordinanza del 13 aprile 2018, n. 76 e sentenza del 22 maggio 2013, n. 90. Nella recente giurisprudenza si veda altresì TAR Emilia-Romagna, sentenza del 27 marzo 2023, n. 178; TAR Campania, sentenza del 13 marzo 2023, n. 1595; in favore della soluzione opposta Cons. Stato, sez. I, parere 18 gennaio 2023, n. 62.

rilevanza delle circostanze maturate in un momento successivo all'adozione dell'atto che, se pur non idonee a intaccare sfavorevolmente la valutazione amministrativa, tuttavia incidono significativamente sulla attuale situazione giuridica dell'appellante».

In «materia d'immigrazione», la situazione giuridica soggettiva dell'interessato è tale da poter essere «compromessa irrimediabilmente» da una mancata valutazione delle sopravvenienze, che potrebbe arrecare «un pregiudizio a diritti fondamentali della persona umana».

Per questo motivo, «l'Amministrazione, nell'esercizio del suo potere, deve tenere in debito conto le circostanze sopravvenute che, anche se non conoscibili perché non esistenti al momento dell'adozione dell'atto – che quindi deve ritenersi pienamente legittimo – (...) potrebbero condurre a una nuova valutazione e un differente esito procedimentale».

3. *Il diverso orientamento del C.G.A.R.S.*

L'indirizzo del Consiglio di Stato non è peraltro privo di dissensi. Per il C.G.A.R.S., infatti, «l'onere dell'Amministrazione di prendere in considerazione i nuovi e sopraggiunti elementi favorevoli allo straniero (...) non può che riferirsi a quelli in essere al momento in cui è stata esercitata la potestà amministrativa, nessuna rilevanza potendo rivestire atti sopravvenuti: il giudizio circa la legittimità del provvedimento impugnato va condotta infatti con riferimento al momento dell'adozione dell'atto medesimo, in ossequio al principio *tempus regit actum*»⁵.

La diversa posizione del giudice siciliano – si noti, *consapevolmente* contraria all'orientamento del Consiglio di Stato – si riferisce all'art. 5 comma 5 del D.lgs. n. 286/1998, a norma del quale «*Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati (...) quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato (...) sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili*».

La norma riguarderebbe circostanze posteriori all'istanza di rilascio del titolo di soggiorno ma anteriori all'adozione del provvedimento conclusivo e, già così, sarebbe una norma di stretta applicazione, in quanto «derogatoria» al principio generale che i requisiti prescritti per l'ottenimento di un beneficio devono essere posseduti già all'atto della presentazione dell'istanza e mantenuti sino al momento della decisione da parte dell'autorità precedente.

⁵ Cons. Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, sentenza 11 luglio 2022, n. 814.

Vi sono peraltro ulteriori motivi per i quali la nuova impostazione del Consiglio di Stato non viene condivisa dal C.G.A.R.S. In rapida sintesi, possono essere così riassunti:

- i) l'impropria creazione, attraverso l'ordinanza propulsiva e il rilievo attribuito alle sopravvenienze, di un unico procedimento amministrativo privo di un termine prestabilito (come viceversa impone l'art. 2 legge n. 241/1990) che dura fino alla sentenza d'appello, nel quale si avvicendano intervalli procedurali e intervalli processuali senza soluzione di continuità (mentre l'area del procedimento e quella del processo amministrativo devono essere tenute ben distinte);
- ii) il rischio di plurime ordinanze di riesame che rimettano in termini il privato circa la presentazione di nuove sopravvenienze, ma che allunghino la durata del processo, oltre che le risorse amministrative impegnate per l'ottemperanza agli ordini del giudice;
- iii) l'obbligo dell'amministrazione di adottare il provvedimento sulla base delle risultanze dell'istruttoria, entro il termine di conclusione del procedimento. Obbligo dal quale si desumerebbe che l'amministrazione non può considerare elementi che non siano stati acquisiti o, addirittura, che non si siano ancora verificati;
- iv) la necessità di preservare l'efficienza dell'azione pubblica e la «scarsità della risorsa amministrativa», oltre che del «bene giustizia». Il C.G.A.R.S. allude qui all'esigenza di non pregiudicare la tenuta dell'intero sistema, posto che «la soddisfazione piena di una posizione soggettiva, con una spendita di risorsa pubblica ulteriore rispetto a quella predeterminata dal decisore politico nella disciplina di settore (...) determina effetti negativi indiretti rispetto ad altre posizioni che aspirino a quella stessa tutela e che si vedano pregiudicate dall'utilizzo ultroneo di una risorsa scarsa»;
- v) l'onere del cittadino straniero, «a fronte di sopravvenienze fattuali rispetto al provvedimento impugnato, di «chiedere un nuovo provvedimento all'Amministrazione, soluzione più rapida ed esente dai costi del processo»;
- vi) il divieto di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati, che osterebbe allo scrutinio della sopravvenienza direttamente nell'ambito del giudizio amministrativo (inclusa la prassi di emettere «ordinanze propulsive», che si collocherebbero al «crocevia» fra il «principio di effettività della tutela» e il divieto di cui all'art. 34 c.p.a.).

4. Osservazioni conclusive

Ad uno sguardo d'assieme sui molteplici argomenti utilizzati dal C.G.A.R.S., l'impressione è che non tutti riescano a suggerire una critica convincente dell'indirizzo seguito dal Consiglio di Stato. Alcuni colgono aspetti indiscutibili, ma non portati del tutto correttamente al bersaglio; ad esempio la differenza tra le due nozioni di procedimento e processo, che non tollerebbe l'avvicendamento di intervalli procedurali e intervalli processuali, è un argomento che sembra provare troppo: la non dubitabile necessità che le due nozioni vadano distinte non arriva, infatti, a escludere che la sentenza costitutiva, per sua natura, possa atteggiarsi come forma giurisdizionale di una funzione sostanzialmente amministrativa (in altri termini e come si è autorevolmente scritto: processo e procedimento sono forme tipiche, ma non necessarie, delle due funzioni⁶). Altri rischiano di risolversi in petizioni di principio o in massime di esperienza (la maggiore rapidità e convenienza della richiesta di un nuovo provvedimento all'amministrazione) o in affermazioni poco supportate (la pretesa scarsità della «risorsa amministrazione» e della «risorsa giustizia», il cui impiego priverebbe altri soggetti della fruizione del medesimo bene o utilità).

Un discorso a parte meriterebbe l'osservazione riguardo all'art. 34 comma 2 c.p.a., che vieta al giudice di pronunciare su poteri non ancora esercitati.

Senza dubbio la valutazione processuale delle sopravvenienze implica un giudizio prognostico sopra un atto diverso da quello impugnato. D'altra parte, però, il ragionamento del Consiglio di Stato ha una fondazione radicata in problematiche più ampie e, se la si condivide, è difficile negare che si possa conciliare con l'interpretazione dell'art. 34 comma 2 c.p.a.

Il «potere» su cui il giudice si pronuncia con riguardo alle sopravvenienze è – stando all'assunto del Consiglio di Stato – *esercitato*, ancorché non rilevante nel processo in ragione dei suoi effetti lesivi. Non si vede d'altronde perché non debba valere per il giudizio amministrativo ciò che in genere si afferma per il giudizio civile, ovvero che l'esercizio della giurisdizione costitutiva riguarda di norma situazioni in cui manca la previa lesione, ma non per questo deve intendersi sganciato da un preesistente diritto (cd. potestativo) della parte che promuove il giudizio, il quale si lega a situazioni giuridiche pienamente verificabili nella fase anteriore all'azione.

Tornando al caso di specie: l'interesse del cittadino straniero alla emersione del lavoro irregolare esiste prima del processo e così anche il potere amministrativo che non lo ha soddisfatto, giacché è stato esercitato (con il diniego dell'istanza) in modo tale da non corrispondere alla previsione legislativa. Ciò

⁶ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118-145.

che manca è appunto e solo l'invalidità del provvedimento di diniego, che, però, nulla autorizza a confondere con un'oggettiva inattualità dell'interesse alla emersione del lavoro irregolare, tanto meno con una temporanea assenza di potere amministrativo e quindi, in definitiva, con una situazione ricadente sotto il divieto posto dal Codice.

Da ultimo, ben venga – sia consentito esprimersi così – il sostrato umanitario e solidaristico che si coglie in questa sentenza. Giacché la partecipazione al procedimento dello straniero non può non essere considerata, pur non dovendosi incorrere in facili eccessi o in discriminazioni “a contrario”, per ciò che la situazione richiede nel caso concreto. C'è anzi da chiedersi se non stia proprio qui un contenuto foriero di nuovi orizzonti. Il giudice amministrativo, si diceva in apertura, oltre lo schermo del potere e del procedimento formale: perché non anche per i cittadini italiani?

TERMINE DI IMPUGNAZIONE ED EFFICACIA
DEL PROVVEDIMENTO DI RIGETTO
PER MANIFESTA INFONDATEZZA DELLA DOMANDA
DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Laura Pergolizzi*

SOMMARIO: 1. Svolgimento del processo. – 2. Decisione. – 3. Il regime del termine di impugnazione del provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale: tra esigenze acceleratorie e difensive. – 4. Fattore tempo e questione organizzativa. – 5. Conclusioni.

1. *Svolgimento del processo*

La vicenda processuale in esame trae origine dall'impugnazione, e contestuale richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva, del provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza di una domanda di protezione internazionale formulata da un cittadino del Bangladesh. Tale provvedimento viene adottato all'esito di una procedura ordinaria, nel cui ambito non viene formulato alcun tipo di avvertimento in merito all'applicazione di una procedura accelerata, essendo peraltro emersa la manifesta infondatezza solo nel corso della relativa audizione.

Il Tribunale adito rigetta, con decreto, la richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento.

Nell'ambito del giudizio, viene affrontata la questione relativa alla carenza di tempestività del ricorso, poiché formulato successivamente al decorrere del termine dimidiato previsto dall'art. 35-*bis*, comma 2, ultimo periodo, del d.lgs. n. 25/2008.

In sede di deposito di memorie, il ricorrente reitera le domande formulate e, contestualmente, allega sopravvenuti nuovi elementi a fondamento della propria integrazione sul territorio e delle condizioni di vita, caratterizzate da povertà, che, al contrario, avrebbe ritrovato nell'ipotesi di rientro in Bangladesh.

2. *Decisione*

La decisione in commento¹ torna ad occuparsi di alcune questioni, particolarmente dibattute, che investono la procedura per il riconoscimento della

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

¹ Tribunale di Trieste, Sezione Immigrazione, decreto 28 aprile 2023.

protezione internazionale.

Nel corso degli ultimi anni, tale procedura, disciplinata dal d.lgs. n. 25/2008, è stata progressivamente incisa da una serie di interventi legislativi² essenzialmente volti, da un lato, a semplificarne, in chiave acceleratoria, l'*iter*³, dall'altro, a prevedere procedure "accelerate" (art. 28-*bis*⁴) rispetto a quella ordinaria (art. 27).

Sul versante processuale, si segnalano talune specificità che concernono il regime del termine di impugnazione ed efficacia del provvedimento della Commissione territoriale, di cui all'art. 35-*bis* del citato decreto legislativo⁵.

La norma dispone, al suo secondo comma, che i termini ordinari di impugnazione sono «ridotti della metà» nel caso in cui nei confronti del ricorrente sia stato adottato un provvedimento di trattenimento ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 15 agosto 2015, n. 142 e in quelli di cui all'art. 28-*bis*, commi 1 e 2, vale a dire i casi soggetti al regime delle procedure accelerate, tra i quali rientra l'ipotesi di domanda dichiarata manifestamente infondata ai sensi dell'art. 28-*ter* del d.lgs. n. 25/2008.

Inoltre, il terzo comma dell'art. 35-*bis* dispone che la proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, tranne che in alcune ipotesi espressamente indicate, tra le quali rientra l'impugnazione del provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza.

² N. MORANDI, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2020.

³ Per il tramite dell'introduzione di alcuni aspetti aventi diretta incidenza sull'eventuale fase giurisdizionale successiva, ad esempio, in relazione al regime delle notificazioni nei confronti del richiedente protezione internazionale e alle modalità di svolgimento del colloquio personale con quest'ultimo. Si tratta degli interventi normativi introdotti con i provvedimenti d'urgenza del d.l. n. 13/2017 e del d.l. n. 113/2018. In dottrina cfr. S. AGOSTA, *Dalla certezza del diritto all'incertezza dei diritti (costituzionali) degli stranieri vulnerabili: il rischio della singolare nemesi delle disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale ed immigrazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, in *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana*, Gli Speciali, marzo 2020.

⁴ Il campo oggettivo di applicazione delle procedure accelerate, nel corso degli anni, è stato progressivamente ampliato sia attraverso l'introduzione di nuove ipotesi sia attraverso l'ampliamento ed il rafforzamento di fattispecie già esistenti e la cui disciplina, da ultimo, è stata incisa dalla l. 5 maggio 2023, n. 50 che ha disposto la conversione, con modificazioni, del d.l. 10 marzo 2023, n. 20. Per un approfondimento si segnala A. PRATICÒ, *Le procedure accelerate in frontiera introdotte dall'articolo 7-bis del decreto legge n. 20 del 2023 convertito con legge n. 50 del 2023*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2023.

⁵ Disposizione da ultimo modificata dal d.l. 10 marzo 2023, n. 20.

In sede applicativa, le citate disposizioni hanno posto alcuni problemi interpretativi che frequentemente vengono sottoposti all'attenzione della giurisprudenza e alcuni dei quali hanno interessato la pronuncia in commento.

Il primo problema che si pone ruota essenzialmente attorno al fatto che, nell'ambito del citato art. 35-*bis*, il legislatore non chiarisce espressamente se la dimidiazione del termine di impugnazione del provvedimento si applichi ogniqualvolta la domanda di protezione internazionale venga dichiarata manifestamente infondata, oppure soltanto nell'ipotesi in cui tale dichiarazione venga resa nell'ambito di una procedura accelerata. Ciò considerato che la formula dell'inammissibilità (e della manifesta infondatezza, per le ipotesi previste dall'art. 28-*ter* d.lgs. 25 del 2008) può essere utilizzata dalla Commissione territoriale anche senza aver preventivamente adottato il modello della procedura accelerata, non essendovi vincolata in via esclusiva.

Nel caso di specie, il Collegio preliminarmente osserva che la norma «richiama esclusivamente le ipotesi di cui all'art. 28-*bis*, commi 1 e 2, mentre non rimanda all'art. 28-*ter* d.lgs. 25/2008».

Soffermandosi sulla fattispecie concreta esaminata, rileva che in calce al decreto della Commissione viene indicato il termine di trenta giorni per l'impugnazione dello stesso avanti alla Sezione specializzata per l'immigrazione, salve le ipotesi di cui all'art. 28-*bis*, commi 1 e 2, del citato decreto legislativo.

Tuttavia, nel passaggio successivo della motivazione viene evidenziato che la domanda del ricorrente non è stata trattata come procedura accelerata, non essendo stato formulato alcun avvertimento sul punto nel corso dell'audizione ed essendo emersa la manifesta infondatezza solo nel corso della stessa; che, allo stato, non vi fosse prova del giorno esatto di effettuazione della notifica, in carenza di compilazione del verbale di notifica depositato dal ricorrente e atteso che l'onere della prova spetta al soggetto notificante.

Ritenuto, pertanto, di accogliere l'istanza di rimessione in termini formulata dalla parte ricorrente, il Collegio si sofferma sulla domanda di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato.

A tal proposito, il Collegio dà atto della sopravvenienza, nelle more della scadenza dei termini per il deposito delle memorie, di nuovi, importanti elementi relativi all'integrazione sul territorio del ricorrente, che avrebbero potuto astrattamente fondare la domanda relativa al riconoscimento della protezione internazionale.

Per altro verso, esclude, senza ulteriormente entrare nel dettaglio, che le ragioni addotte a sostegno della domanda, sommariamente scrutinate, siano sorrette da un *fumus* di fondatezza.

D'altra parte, viene svolto un ulteriore rilievo sul carico del ruolo nella materia della protezione internazionale, al tempo stimato in «più di 1600 procedimenti», sugli elevati flussi in entrata e, al contempo, sulle innumerevoli occasioni di dover assumere provvedimenti di natura urgente (vedi le sospensive ex. art. 35-*bis*, comma 4, e 3, comma 3-*quater*, del d.lgs. n. 25/2008). A questi ultimi viene attribuito l'effetto di produrre «arretrati significativi», sicché «non appare – più – ragionevole, allo stato, persistere nell'applicazione del modello organizzativo caratterizzato dalla calendarizzazione puntuale delle eventuali audizioni dei richiedenti protezione internazionale, in quanto ciò implicherebbe, alla luce della situazione attuale (ove non fosse mutuata in forza di un radicale riassetto organizzativo della sezione specializzata), un ulteriore incontrollabile incremento dell'arretrato, causa l'assunzione di ulteriori riserve».

In conclusione, avendo ritenuto «assolutamente necessario individuare un'apposita udienza finalizzata ad assolvere alla funzione di filtro onde sia consentita una migliore, sostenibile, organizzazione tempo per tempo degli affari assegnati nella materia della protezione internazionale», il Tribunale accoglie l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato e fissa l'udienza (filtro) avanti a sé ai fini della sola comparizione delle parti.

3. *Il regime del termine di impugnazione del provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale: tra esigenze acceleratorie e difensive*

Nel complesso scenario delle questioni fin qui affrontate, si pone il problema del tipo di informazioni rese al richiedente protezione internazionale in sede di espletamento della procedura di esame della domanda di protezione internazionale e delle possibili conseguenze che ne derivano sul piano processuale.

In particolare, l'interrogativo di fondo è se la formula dell'inammissibilità sia, o meno, sufficiente a far scattare la riduzione del termine di impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale.

La questione non è meramente teorica, perché dalla ricostruzione di questo profilo discendono rilevanti conseguenze pratiche, che intercettano lo statuto garantistico di riferimento.

Sul punto, si sono formati due orientamenti contrapposti.

Un primo orientamento ammette che il provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di protezione internazionale debba essere di per sé configurato come provvedimento la cui impugnazione deve essere svolta nel ter-

mine dimezzato, poiché ciò è previsto dalla legge (nella specie, laddove l'art. 35-*bis* applica il dimezzamento del termine, tra le altre, alle ipotesi elencate nei primi due commi dell'art. 28-*bis*). Di conseguenza, in sede di valutazione sulla tempestività del ricorso, non rileva in alcun modo se il provvedimento impugnato sia stato adottato all'esito di una procedura accelerata della cui articolazione il richiedente sia stato informato⁶.

Viene, dunque, applicato un approccio di tipo formale alla lettura dell'art. 35-*bis*, comma 2, del d.lgs. 25/2008, essenzialmente fondato sull'applicazione letterale della disposizione processuale. Secondo un diverso orientamento, invece, la dimidiazione del termine può trovare applicazione solo se la procedura sia stata qualificata come accelerata già in sede procedimentale⁷. Il ragionamento seguito per giungere a tale affermazione muove dalla ricostruzione del termine di conclusione delle procedure accelerate, il quale, in difetto di esplicita definizione normativa, non ha natura perentoria. In ogni caso, il superamento di tale termine non può risolversi in un vizio della domanda di riconoscimento della protezione internazionale o della relativa procedura, in quanto la relativa tempistica è posta a garanzia della celerità dell'esame della domanda stessa, e quindi, in ultima analisi, «a vantaggio» del richiedente⁸. Ne deriva, alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, e stante la generale previsione di cui all'art. 153, comma 2, c.p.c., il riconoscimento della scusabilità dell'errore in cui eventualmente incorra il destinatario del provvedimento da cui non emerga il tipo di procedura applicata⁹. A differenza del primo orientamento, quello appena ricostruito si rifà a un approccio di tipo sostanziale, volto ad assicurare l'effettività della tutela processuale del privato che non sia stato adeguatamente informato in merito alla tipologia di procedura (ordinaria o accelerata) applicata alla domanda di riconoscimento di protezione internazionale formulata. L'indirizzo è stato condiviso anche dalla pronuncia in esame, che fonda l'accoglimento della domanda di rimessione in termini proposta dal ricorrente sia sulla base di alcuni puntuali rilievi funzionali a qualificare la procedura esaminata come procedura ordinaria, sia negando che il *modus operandi* della Commissione territoriale in sede di esercizio della funzione informativa sia stato idoneo a garantire l'effettività della difesa del cittadino straniero.

⁶ M. ACIERNO, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Asilo, immigrazione e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 81.

⁷ Cass., sentenza del 25 marzo 2020, n. 7520; Cass., 21 ottobre 2020, n. 23021.

⁸ Cass., sentenza del 3 febbraio 2021, n. 2458.

⁹ Cass., sentenza del 12 luglio 2019, n. 18860.

Tale soluzione interpretativa, oltre che armonica con un recente filone interpretativo particolarmente attento alla effettiva applicazione delle garanzie procedurali ai cittadini stranieri¹⁰, sembra avvalorare una concezione equilibrata del regime dei termini procedurali nel diritto amministrativo, nella prospettiva della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici¹¹, attraverso la garanzia che le amministrazioni assicurino risposte certe e in tempi brevi¹², senza però incidere sulla qualità del procedimento, anche in riferimento alla partecipazione dell'interessato¹³.

Questa impostazione va letta, peraltro, alla luce della delicatezza del bilanciamento tra le istanze di controllo efficiente dell'immigrazione in funzione della sicurezza e dell'ordine pubblico¹⁴, nel rispetto degli impegni assunti a livello sovranazionale¹⁵ e le esigenze di tutela delle garanzie partecipative del cittadino straniero¹⁶, in conformità al canone fondamentale della ricerca della massima protezione possibile dei diritti fondamentali¹⁷.

4. *Fattore tempo e questione organizzativa*

Un discorso a parte merita di essere svolto in riferimento alla sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento richiesta dal cittadino straniero.

¹⁰ A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, p. 2; L. GILI, *Straniero e partecipazione*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002, p. 55.

¹¹ S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2005.

¹² M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2020, pp. 337-377.

¹³ C. TUBERTINI, *La partecipazione*, in M. DE DONNO, G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 293.

¹⁴ M. SAVINO, voce *Immigrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici III-2022, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*.

¹⁵ C. ZANGHÌ, L. PANELLA, R. LA ROSA (a cura di), *I diritti dell'uomo nel mediterraneo*, Torino, 1995; V. L. GUTIERREZ CASTILLO, *Introducción*, in *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud. Studio comparato dell'esperienza italiana e spagnola*, in www.oidu.net, Gli Speciali, marzo 2020.

¹⁶ F. TIGANO, *Diritti sociali, cittadinanza ed immigrazione. È ancora attuale il tradizionale concetto di cittadinanza?*, in F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, p. 219.

¹⁷ A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti alla prova della solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2019.

La pronuncia in esame si distingue per la complessità delle motivazioni sottese all'accoglimento della domanda.

Come già è emerso, dopo aver superato in modo abbastanza veloce il passaggio sulla meritevolezza dei fatti sopravvenuti relativi all'integrazione sul territorio del cittadino straniero a far emergere la sussistenza del *fumus boni iuris*, il Tribunale esamina il rapporto tra dimensione del fenomeno migratorio, sfera organizzativa degli uffici giudiziari e difficoltà organizzativa interna agli stessi, funzionale a giustificare come il prodursi di arretrati significativi di fatto impedisca la calendarizzazione puntuale delle eventuali audizioni dei richiedenti protezione internazionale.

La motivazione, così articolata, non appare del tutto convincente.

Non è la prima volta che in sede processuale fa ingresso il tema della dimensione del fenomeno migratorio in riferimento alla capacità dell'ordinamento di apprestare un sistema efficiente e strumenti adeguati¹⁸ allo scopo della tutela dell'accoglienza, dell'integrazione e dell'inclusione¹⁹. Un esempio attiene al settore della cittadinanza, la cui disciplina di riferimento, contenuta nella l. 91/1992 e nel d.p.r. n. 362/1994, è stata di recente interessata da una profonda riforma (d.l. n. 113/2018), che è intervenuta su alcuni specifici profili temporali del procedimento, e dall'emersione di un crescente contenzioso che, in alcune occasioni, ha investito il tema dei ritardi perpetrati dalla pubblica amministrazione in sede di adozione del provvedimento²⁰. Con una interessante pronuncia²¹ originata dal ricorso avverso il silenzio-inadempimento serbato dal Ministero dell'interno in un procedimento avviato su istanza di un cittadino straniero per il conferimento della cittadinanza italiana, il Consiglio di Stato ha negato che la «congestione organizzativa» della pubblica amministrazione, causata dal grande numero di richieste in materia di cittadinanza italiana, sia in grado di integrare un'ipotesi di «grave ed eccezionale ragione» che giustifichi la compensazione delle spese del giudizio, avendo ritenuto che

¹⁸ F. MARTINES, *Politiche di inclusione e amministrazione consensuale. Il caso dell'accordo di integrazione (art. 4 bis del D.Lgs. 286/1998)*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019.

¹⁹ M. CALABRÒ, *Legal immigration and local resilience in Italy: the case of the integration Councils*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2019, p. 93.

²⁰ S. STACCA, *Il potere amministrativo in materia di cittadinanza: il vento sta cambiando?*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, luglio 2020.

²¹ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 28 maggio 2020, n. 3377. Ci si permette di segnalare il commento a sentenza L. PERGOLIZZI, *La rilevanza del termine di conclusione del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana*, *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, agosto 2020.

gli aspetti organizzativi dell'attività amministrativa recedono «ad interna corporis», posto che «le coordinate entro le quali deve svolgersi il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione, sono dettate dalla legge».

Nel caso appena esaminato, in modo condivisibile viene evidenziato che la certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione rappresenta un principio fondamentale dell'attività amministrativa, la cui applicazione concorre alla garanzia delle situazioni giuridiche soggettive del privato.

La stessa attenzione, invero, non sembra caratterizzare il decreto in commento, il quale, facendo leva sulle problematiche che affliggono l'organizzazione degli uffici giudiziari di fronte alla dimensione del fenomeno migratorio, dispone la fissazione di una udienza finalizzata ad assolvere alla funzione di filtro, esprimendone espressamente la *ratio*: applicare una migliore, sostenibile, organizzazione tempo per tempo degli affari assegnati.

La domanda di sospensione probabilmente avrebbe meritato un maggiore approfondimento, non già sotto il profilo delle cause (di natura organizzativa) astrattamente impeditive della celebrazione dell'udienza nei tempi prefissi, quanto, piuttosto, sotto il profilo della verifica della sussistenza dei presupposti tipici dell'adozione di un provvedimento cautelare.

A quale motivazione si intenda ricorrere ai fini del rinvio d'udienza, non pare superfluo rammentare l'esigenza di assicurare la piena ed effettiva applicazione del principio costituzionale del giusto processo (art. 111), in ragione del quale il processo non solo presuppone il rispetto del contraddittorio in condizioni di parità e che il giudice sia terzo e imparziale, ma anche che esso abbia una durata ragionevole, tale, cioè, da «non inquinare il valore della tutela in un contesto così temporalmente diluito da renderla pressoché inutile, comunque depotenziandone l'efficacia e quindi anche l'effettività ed utilità delle misure adottate»²².

5. Conclusioni

Alla luce delle brevi considerazioni fin qui svolte, la pronuncia in commento, per un verso, mette in evidenza l'esigenza di perseguire l'obiettivo di assicurare la centralità della garanzia tanto del diritto a una buona amministrazione²³

²² F. TIGANO, *La tutela giurisdizionale del migrante, in Crisi migratorie. Nuove sfide per i diritti umani*, in *Ordine internazionale e Diritti Umani*, 2023.

²³ D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 72 ss.

quanto del giusto processo²⁴, per altro verso, non nasconde la consapevolezza che questo obiettivo non può prescindere dal buon andamento e dall'efficienza degli apparati pubblici²⁵.

Al di là della singola interpretazione resa nel caso concreto, qualsivoglia obiettivo prefisso corre il rischio di non poter essere efficacemente raggiunto se a monte non viene garantita quella certezza del diritto, in termini di sistematicità e chiarezza normativa²⁶, che sembra tutt'oggi difettare in riferimento ad alcune disposizioni dettate in ambito processuale, come, ad esempio, nella specie, avviene in riferimento a quella che definisce il campo di applicazione della dimidiazione del termine di impugnazione del provvedimento della Commissione territoriale.

Come emblematicamente è stato osservato, il contrasto degli orientamenti che si è formato sul punto è rilevante, avendo un «forte impatto sull'effettività dell'accesso alla tutela giurisdizionale, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della tutela dei diritti fondamentali»²⁷.

Per queste ragioni, si rende indispensabile un chiarimento da parte del legislatore.

Quanto ai riferimenti contenuti nella pronuncia relativi all'impatto della dimensione del fenomeno migratorio sulla mole di contenzioso e arretrati nella materia della protezione internazionale – pur ribadendo i rilievi critici già svolti nel terzo paragrafo – si ritiene che gli stessi abbiano comunque il merito di stimolare una riflessione sulle sue possibili soluzioni.

In prospettiva futura, tale argomento merita di essere approfondito con particolare cautela, se affrontato sia in riferimento alla materia dell'immigrazione, in funzione di rafforzamento della garanzia della certezza e della stabilità delle situazioni giuridiche soggettive del privato cittadino straniero; sia nel quadro complessivo delle questioni che riguardano il sistema giustizia, anche alla luce delle previsioni di riforma del PNRR²⁸, considerata la gravità delle ricadute di una giustizia inefficiente sul piano della tenuta del sistema democratico.

²⁴ M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018.

²⁵ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 63.

²⁶ F. FRANCIANO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in F. FRANCIANO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, p. 9 ss.

²⁷ M. ACIERNO, *Il diritto del cittadino straniero*, cit., p. 82.

²⁸ Booklet, Unità di Missione PNRR Giustizia, Relazione periodica di aggiornamento sullo stato di attuazione degli interventi (aggiornata ad aprile 2023).

SÌ ALLA CONVERSIONE IN LAVORO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO PER PROTEZIONE SPECIALE RICHIESTO DIRETTAMENTE AL QUESTORE

Stefania Dall'Oglio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa. – 3. Decisione. – 4. Il contesto normativo. – 5. La protezione speciale come regolarizzazione ad personam: tensioni interpretative.

1. *Introduzione*

Sulla base di una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 6, co. 1 *bis*, del d.lgs. n. 286/1998, il TAR Veneto stabilisce che esiste un unico permesso di soggiorno per protezione speciale, convertibile in permesso per lavoro e rilasciato dal Questore in presenza delle condizioni di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1., del d.lgs. n. 286/1998. Secondo il giudice amministrativo, una diversa interpretazione della normativa risulterebbe priva di ogni ratio e logica e andrebbe a configgere con l'art. 3 Cost., in quanto situazioni giuridiche uguali risulterebbero assoggettate a un ingiustificato diverso trattamento. La sentenza in commento annulla, dunque, il provvedimento di diniego di conversione in motivi di lavoro emesso dalla Questura di Padova.

2. *Fatti di causa*

La vicenda giudiziaria riguarda un cittadino gambiano che aveva richiesto direttamente al Questore un permesso di soggiorno per protezione speciale – ai sensi dell'art. 19, co. 1.2, seconda parte, del d.lgs. n. 286/1998 (TUI) – ottenendone il rilascio.

Successivamente, il cittadino gambiano era stato assunto a tempo indeterminato e, dunque, aveva presentato in questura istanza di conversione del permesso di soggiorno per protezione speciale in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

La questura di Padova rigettava l'istanza di conversione, adducendo quale motivazione il fatto che la normativa in vigore non prevede la conversione del

* Già professore a contratto di Diritto dell'immigrazione, Università LUMSA.

permesso per protezione speciale richiesto direttamente al Questore in permesso per motivi di lavoro, sulla base di una interpretazione restrittiva dell'art. 6, co. 1 *bis*, del TUI, secondo la quale il permesso per protezione speciale sarebbe convertibile in lavoro soltanto se rilasciato dal Questore su richiesta della competente Commissione territoriale nell'ambito della procedura di decisione sull'istanza di protezione internazionale, ex art. 32, co. 3, del d.lgs. n. 25/2008.

Lo straniero impugnava quindi la decisione di rigetto innanzi al TAR Veneto, deducendo il travisamento dei fatti presupposti e la violazione dell'art. 6, co. 1-*bis*, del TUI, nonché, in subordine, la violazione dell'art. 3 Cost.

3. *Decisione*

Il TAR Veneto adito ha accolto il ricorso, annullando la decisione della questura in base a una lettura costituzionalmente orientata della normativa vigente, che conduce ad ammettere la convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro del permesso per protezione speciale rilasciato direttamente dal Questore, ex art. 19, co. 1.2., secondo periodo, del TUI.

A tale conclusione il TAR giunge analizzando la normativa pertinente e rilevando come, sebbene il permesso di soggiorno per protezione speciale possa essere rilasciato in esito a due diversi procedimenti, previsti rispettivamente dal primo e dal secondo periodo del comma 1.2. dell'art. 19 TUI, si tratta dello stesso permesso di soggiorno, rilasciato dal Questore sulla base degli stessi presupposti per entrambi i procedimenti, ossia le condizioni stabilite nei commi 1.1. e 1.2. del medesimo art. 19 TUI.

Ne discende che il richiamo operato dall'art. 6, co. 1-*bis*, del TUI all'art. 32, co. 3, del d.lgs. n. 25/2008 deve ritenersi finalizzato esclusivamente a definire il tipo di permesso suscettibile di conversione cui il legislatore ha inteso riferirsi utilizzando l'espressione "permesso per protezione speciale" e non anche a limitare l'effetto della conversione alla sola ipotesi in cui il rilascio di tale permesso sia disposto dalla Commissione territoriale nell'ambito della procedura di protezione internazionale.

Una diversa interpretazione della normativa, quale quella fornita dalla questura di Padova, risulterebbe, secondo il TAR, priva di ogni ratio e logica. Inoltre, andrebbe a configgere con l'art. 3 Cost., come lamentato dal ricorrente, in quanto situazioni giuridiche uguali risulterebbero assoggettate a un ingiustificato diverso trattamento.

Secondo il giudice amministrativo non esistono, infatti, due tipi di permesso per protezione speciale in quanto, sia che si percorra la procedura di

richiesta di protezione internazionale sia che si richieda la protezione speciale direttamente al Questore, i presupposti per l'ottenimento sono gli stessi (art. 19, co. 1 e 1.1., TUI).

Ne consegue che le uniche cause di esclusione della convertibilità rimangono quelle espressamente previste dall'art. 6, co. 1-*bis*, TUI, ossia i casi per i quali siano state applicate le cause di diniego ed esclusione della protezione internazionale, di cui agli artt. 10, co. 2, 12, co. 1, lett. b) e c), e 16 del d.lgs. n. 251/2007.

4. *Il contesto normativo*

Il decreto-legge n. 130/2020 (c.d. "decreto Lamorgese"), anche grazie alle importanti modifiche approvate in sede di conversione¹, è intervenuto a plasmare una nuova tipologia di protezione speciale, finalmente idonea ad abbracciare l'ampio ventaglio di possibilità di protezione offerto dall'art. 10, co. 3, Cost., grazie alla previsione di un permesso di soggiorno di amplissimo respiro, che abbraccia diverse ipotesi senza tuttavia essere racchiuso in una forzosa tipizzazione.

L'attuale art. 19 del TUI è stato infatti modificato in modo tale da prevedere il rilascio di un permesso per protezione speciale, di durata biennale, in diverse ipotesi di non *refoulement*, tra cui figura anche il rischio di violazione degli «obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», che il comma 1.1. dell'art. 19 TUI richiama, facendo riferimento alla previsione del novellato art. 5, co. 6, che li ha reintrodotti quali motivi ostativi al rifiuto del rilascio o del rinnovo o alla revoca di un permesso di soggiorno².

Inoltre, come noto, l'ipotesi che rappresenta la novità più rilevante consiste nell'introduzione del divieto di espulsione o di respingimento dello straniero «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare» (art. 19, co. 1.1., TUI), a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute.

¹ Legge 18 dicembre 2020, n. 173.

² Il Presidente della Repubblica, in sede di emanazione del d.l. n. 113/2018 aveva affermato che, nonostante l'abrogazione del riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali, precedentemente contenuto nell'art. 6, co. 5, TUI, tali obblighi permanevano comunque sulla base di «quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»: v. Decreto Sicurezza e Immigrazione: Mattarella emana e scrive a Conte.

I criteri per valutare il rischio di violazione consistono nella natura e nella effettività dei vincoli familiari dell'interessato, nel suo effettivo inserimento sociale in Italia, nella durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché nell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine³.

La previsione in esame va, inoltre, letta in coerenza con la disposizione (art. 5, co. 5, TUI) che prevede la valutazione caso per caso – in sede di adozione di un provvedimento di rifiuto, revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno – della posizione dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento o del familiare ricongiunto e di qualunque straniero che abbia legami familiari sul territorio, a prescindere se abbia o meno esercitato il diritto al ricongiungimento⁴ dovendosi tenere conto dei vincoli familiari e della durata del soggiorno dell'interessato in Italia. Stessi criteri di valutazione sono previsti dal TUI per l'adozione del provvedimento di espulsione prefettizia dello straniero irregolare (art. 13, co. 2-*bis*, TUI).

La novità introdotta corrisponde all'esigenza di tradurre nella normativa nazionale la consolidata giurisprudenza di Strasburgo in tema di rimpatrio dello straniero e di applicazione dell'art. 8 CEDU, che tutela il diritto alla vita privata e familiare⁵ e che ha trovato parimenti riscontro in una consolidata giurisprudenza di legittimità in materia di protezione umanitaria⁶.

Peraltro, la Corte di Strasburgo ha interpretato i concetti di vita privata e di vita familiare in modo assai ampio e, soprattutto, elastico e adattabile, giungendo ad affermare, per quanto riguarda, in particolare, la vita privata, che essa non sia suscettibile di una definizione esaustiva⁷.

5. *La protezione speciale come regolarizzazione ad personam: tensioni interpretative*

Sino all'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, a causa dell'abrogazione della protezione umanitaria, era venuto a mancare uno strumento di regolarizzazione ad personam della presenza di uno straniero sul territorio italiano,

³ Sui tre parametri di radicamento cfr. Cass. civ., sez. VI-I, ordinanza del 10.03.2022, n. 7861.

⁴ Corte Cost., sentenza del 18.07.2013 n. 202.

⁵ Cfr., *ex plurimis*, Corte Edu, sentenza del 2.8.2001 *Boultif c. Svizzera*, ric. n. 54273/2000, par. 39 ss., e Corte Edu, sentenza del 14.01.2019, *Narjis c. Italia*, Ric. n. 57433/2015.

⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, sentenza del 9.9.2021, n. 2413 e, recentemente, anche Cass. Civ., Sez. I, ordinanza del 20.06.2022 n. 26089.

⁷ Cfr., *ex plurimis*, Corte Edu, sentenza del 16.12.1992, *Niemietz c. Germania*, ric. n. 13710/1988, par. 29; Corte Edu, sentenza del 28.01.2003, *Peck c. Regno Unito*, ric. n. 44647/1998, par. 57; Corte Edu, sentenza del 29.4.2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/2002, par. 61.

eccezion fatta per le ipotesi di permesso di soggiorno per grave sfruttamento lavorativo, tratta, violenza domestica, cure mediche, calamità naturale e atti di particolare valore civile.

Ciò che rende la protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020 particolarmente interessante sotto il profilo della possibilità di regolarizzazione ad personam è l'introduzione, all'art. 19 TUI, del comma 1.2., che prevede non solo che la Commissione territoriale, quando ricorrano i requisiti ostativi al rimpatrio previsti dai co. 1 e 1.1. dell'art. 19, trasmetta gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale, ma anche che, ove ricorrano i medesimi requisiti, «nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno», sia il Questore, previo parere della Commissione territoriale, a rilasciare il permesso di soggiorno per protezione speciale (co. 1.2., secondo periodo).

La lettera della disposizione prevede, dunque, la possibilità di chiedere direttamente al Questore il permesso di soggiorno per protezione speciale, ove ne ricorrano i requisiti previsti dai co. 1 e 1.1. dell'art. 19 – che, come si è visto, includono il rischio di violazione dell'art. 8 CEDU – senza presentare una domanda di protezione internazionale⁸.

Tuttavia, dapprima una circolare della Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo del 3 Novembre 2020 e, successivamente, una circolare del Dipartimento della Pubblica Sicurezza del 19 marzo 2021, ne avevano fornito una interpretazione molto restrittiva, in base alla quale il Questore avrebbe potuto rilasciare la protezione speciale solo nel caso in cui lo straniero avesse presentato una istanza di rilascio di un permesso di soggiorno “ad altro titolo” (ossia per un diverso motivo), mentre una eventuale istanza di rilascio di protezione speciale inoltrata direttamente al Questore veniva ritenuta irricevibile.

Una tale interpretazione, che oggettivamente non trovava fondamento nella lettera della disposizione, né poteva corrispondere a una sua interpretazione sistematica, veniva presto smentita da numerose pronunce dei giudici di merito⁹.

Su queste premesse, il 19 luglio 2021 interveniva una successiva circolare della Commissione Nazionale per il diritto di asilo, segnando un deciso cambiamento di rotta e chiarendo definitivamente che le istanze di protezione speciale possono essere rivolte al Questore con procedimento «ad hoc – del

⁸ Interpretazione della norma avvalorata sia dal dossier del 28.10.2020 della Camera dei deputati sul progetto di legge di conversione A.C. 2727, sia dal dossier studi del Senato sul disegno di legge di conversione A.S. 2040 dell'11.12.2020, nonché dalla Relazione n. 4 della Corte di Cassazione, Ufficio del massimario e del Ruolo, del 20.11.2020.

⁹ Cfr., per tutte, Tribunale di Bologna, ordinanza del 06.05.2021 n. 3246.

tutto autonomo e distinto dalla procedura di protezione internazionale». Veniva inoltre chiarito che il parere fornito dalla Commissione territoriale ha natura di parere endo-procedimentale obbligatorio e vincolante, che deve essere espresso, entro trenta giorni, sulla base delle documentazioni esistenti agli atti e pervenute unitamente alle istanze.

Tuttavia, il 22 novembre 2021 il Dipartimento di Pubblica Sicurezza procedeva a emanare una ulteriore circolare, riguardante la creazione di un nuovo codice di permesso di soggiorno per protezione speciale – rilasciato in base all'art. 19, co. 1.2., TUI e contenente la indicazione di non convertibilità in altro motivo – al fine di differenziarlo da quello già esistente, previsto dall'art. 32, co. 3, del d.lgs. n. 25/2008.

L'interpretazione della disposizione sottesa alla circolare identificava due tipologie di permesso per protezione speciale: quello rilasciato nell'ambito della procedura di protezione internazionale, convertibile in motivi di lavoro, e quello richiesto direttamente al Questore, ritenuto non convertibile.

Questa interpretazione del Dipartimento di Pubblica Sicurezza, alla base del provvedimento di rigetto di conversione emesso dalla Questura di Padova, è stata definita dal TAR Veneto priva «di ogni ratio e logica», nonché configgente con l'art. 3 Cost. Secondo il giudice amministrativo esiste, infatti, un'unica protezione speciale, i cui requisiti per l'ottenimento sono previsti dai commi 1 e 1.1. dell'art. 19 TUI.

Inoltre, a parere di chi scrive, la disposizione in esame deve essere oggetto di una interpretazione teleologicamente orientata, dal momento che la non convertibilità in lavoro di tale tipologia di permesso di soggiorno costituirebbe una limitazione priva di ratio in relazione alle finalità di integrazione perseguite dal “decreto Lamorgese” che, come evidenziato in dottrina¹⁰, con «pragmatismo propositivo» ha previsto la convertibilità in lavoro persino dei permessi per cure mediche e per calamità naturale.

La sentenza del TAR Veneto giunge, quindi, a confermare la protezione speciale del Questore come un importante e duttile strumento, che il nostro ordinamento prevede per una regolarizzazione ad personam: uno strumento idoneo a mantenere lo straniero su un percorso di proficua integrazione, grazie alla sua convertibilità in motivi di lavoro¹¹.

¹⁰ M. SAVINO, *Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope*, in ADiM Blog, Editoriale, gennaio 2021.

¹¹ Per approfondimenti, vedasi C. CORSI, S. DALL'OGGIO, *La situazione in Italia. Il quadro normativo*, in *Immigrazione e lavoro: quali regole? Modelli, problemi e tendenze*, (a cura di) P. BONETTI, M. D'ONGHIA, P. MOROZZO DELLA ROCCA, M. SAVINO, Editoriale Scientifica, 2022, Parte II, pp. 395-446.

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI RINNOVO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO PER LAVORO AUTONOMO

Cristiana Lauri*

SOMMARIO: 1. Le questioni emergenti dal rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo. – 2. La motivazione “rafforzata”. – 3. Il requisito alloggiativo e la capacità reddituale. – 4. Note di chiusura: la centralità della situazione giuridica del soggetto.

1. *Le questioni emergenti dal rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo*

Con la sentenza n. 1860 del 27 luglio 2023¹, il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Salerno, Sezione Terza, è tornato sul tema del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo².

Nel caso di specie, la ricorrente agisce contro il Ministero dell’Interno, ottenendo l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, del provvedimento con cui la Questura aveva archiviato la sua istanza volta a ottenere il rinnovo del permesso.

* Assegnista di Ricerca, Università degli Studi di Macerata.

¹ TAR Campania, Salerno, sez. III, sentenza del 27 luglio 2023, n. 1860.

² Per una riflessione sull’attività amministrativa in tema di diritto dell’immigrazione, part. dei procedimenti di rilascio del permesso di soggiorno, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e danno da attività amministrativa nel diritto dell’immigrazione*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2020, p. 483 ss.; analizza il fenomeno “dal peculiare punto di vista offerto dal rapporto fra fenomeno migratorio e disciplina dell’azione amministrativa, con specifico riguardo alle manifestazioni del potere di interferenza dell’amministrazione nelle condizioni di vita del migrante”, considerando i provvedimenti di rilascio, rinnovo, revoca dei permessi di soggiorno, i provvedimenti di espulsione e le connesse misure di accompagnamento, gli atti di riconoscimento della cittadinanza, nei termini disciplinati dal t.u. dell’immigrazione e dalle singole leggi speciali, A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 3, 2017, p. 816 ss.; sull’istituto del preavviso di rigetto v. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 3, 2022, pp. 595 ss. Per una lettura critica in tema, v. A. SPENA, *Il «gelo metallico dello stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2019, p. 449 ss.; per una lettura generale sugli orientamenti nella giustizia amministrativa cfr. C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2/2019, pp. 267 ss.

La decisione del collegio si fonda sulla premessa che il decreto di archiviazione dell'istanza impugnato dalla ricorrente «risulta basato non sul dimostrato difetto di un presupposto sostanziale per conseguire il rinnovo del permesso di soggiorno ma sul fatto che l'interessata, invitata in ufficio per completare pratica, “non si è presentata (raccomandata tornata indietro)”».

La decisione segue due precedenti ordinanze³ con cui la stessa Sezione del TAR aveva prima accolto l'istanza cautelare ai fini del riesame della posizione della ricorrente, che tuttavia l'Amministrazione non aveva mai eseguito, e poi reiterato l'invito a rivalutare il diniego, alla luce dei motivi di ricorso, al fine di valutare se la richiedente disponesse o meno dei requisiti previsti dalla legge per la permanenza nel territorio nazionale (anche in considerazione del mancato deposito di alcun ulteriore atto o documento da parte della Questura).

In punto processuale, la sentenza viene resa in forma semplificata, ex art. 60 cod. proc. amm. in considerazione della «manifesta fondatezza del motivo di gravame con cui l'interessata ha lamentato che il gravato provvedimento non è supportato da un'adeguata istruttoria e motivazione circa gli elementi rilevanti da valutare ai fini del rinnovo del permesso di lavoro autonomo».

Nello specifico, il TAR rileva la sussistenza di una serie di carenze nell'istruttoria e conseguenti vizi del provvedimento di diniego. In particolare, l'Amministrazione non aveva considerato: il fatto che l'istante, cittadina straniera residente in Italia da molti anni, assumesse di non aver mai lasciato il territorio italiano, che tutta la sua famiglia vivesse stabilmente e in modo regolare in Italia da anni con permessi di soggiorno di lungo periodo e la titolarità di partita IVA da parte della ricorrente (cancellata solo a seguito dell'opposto provvedimento).

Il collegio conclude così per l'accoglimento del ricorso, annullando il decreto impugnato, in quanto emesso per ragioni meramente formali, senza esaminare nel merito la sussistenza dei richiamati elementi fattuali, facendo salve le ulteriori determinazioni dell'Autorità amministrativa.

2. *La motivazione “rafforzata”*

La decisione resa dal TAR Campania fa leva sull'art. 5, co. 5, secondo periodo, T.U. Immigrazione – come modificato dal d. Lgs. n. 5 del 2007, e successivamente dall'art. 1, co. 22, lett. d), l. 15.7.2009, n. 94 – secondo il quale, ricorda il TAR, nel procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno

³ TAR Campania, Salerno, sez. III, ordinanza del 28 febbraio 2023, n. 108; TAR Campania, Salerno, sez. III, ordinanza del 24 maggio 2023, n. 1201.

no per lavoro autonomo, «deve tenersi conto, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale, richiedendosi l'obbligo di una motivazione "rafforzata" in caso di reiezione della domanda, dovendo verificarsi altresì la sussistenza di eventuali circostanze favorevoli al rilascio del permesso, anche sopravvenute, ivi compreso l'effettivo esercizio dell'attività imprenditoriale ed il raggiungimento della soglia minima di reddito, la stabilità abitativa, l'inserimento sociale, l'assenza di pregiudizi penali o di polizia, etc.».

Sul punto il TAR richiama il precedente offerto dalla sentenza del Consiglio di Stato, n. 8014/2021⁴. In quel caso era emerso che la Questura non può ragionevolmente presumere il difetto di interesse dalla semplice mancata comparizione alla convocazione, ma deve esaminare la documentazione presentata a sostegno dell'istanza e, solo ove il cittadino straniero non abbia supportato la sua richiesta con elementi a sostegno del possesso dei requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno, la Questura potrà respingere la domanda nel merito, dichiarando che l'interessato non ha provato di possedere i requisiti richiesti dall'ordinamento per il rinnovo del titolo. Secondo l'orientamento consolidato del giudice amministrativo, il procedimento diretto ad ottenere il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno deve infatti essere definito con un provvedimento decisorio che esamini nel merito l'istanza. Da ciò consegue che nei casi in cui «la mancata concessione del rinnovo del permesso di soggiorno sia derivata da ragioni meramente formali, non avendo la Questura esaminato – in concreto – se sussistevano o meno i presupposti per il rinnovo del titolo di soggiorno», il diniego sia da considerarsi illegittimo.

Sono considerati documenti utili a dimostrare la sussistenza dei presupposti per il rinnovo, tra gli altri: la produzione in giudizio da parte del ricorrente di copia del contratto di locazione, regolarmente registrato, di durata quadriennale; copia del contratto di lavoro subordinato *part time*, a tempo indeterminato; le buste paga rilasciate dal datore di lavoro; la dichiarazione dei redditi, a dimostrazione che il soggetto disponesse di un lavoro anche prima di reiterare la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno.

3. *Il requisito alloggiativo e la capacità reddituale*

A sostegno di quanto espresso nella sentenza in commento, soccorre un'ampia giurisprudenza che nel tempo ha ulteriormente delineato le circostanze in presenza delle quali il permesso può essere validamente rinnovato.

⁴ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 1° dicembre 2021, n. 8014. Cfr. inoltre Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 10 ottobre 2018, n. 5839.

In particolare, è stato chiarito che il decreto con cui viene respinta l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo si configura come atto plurimotivato, basato tanto sull'assenza di disponibilità di una stabile sistemazione alloggiativa quanto sul mancato versamento contributivo, previdenziale, assistenziale e all'Erario⁵.

La giurisprudenza concorda sul fatto che il provvedimento di diniego debba considerarsi legittimo se almeno uno di tali presupposti sia idoneo a giustificarlo congruamente. La certezza della situazione abitativa costituisce infatti per lo straniero un presupposto indispensabile per ottenere il permesso di soggiorno, sia per il lavoro autonomo che per il lavoro subordinato, non potendo essere rilasciato o rinnovato in situazioni di forte precarietà alloggiativa, connesse a sostanziale irreperibilità dello straniero⁶.

Anche il TAR Campania⁷ ha ritenuto legittimo il diniego motivato sulla base dell'assenza dei due presupposti «fondamentali e indefettibili per il rinnovo del permesso di soggiorno»: la titolarità di un alloggio adeguato⁸ e di sufficienti redditi derivanti da fonte lecita⁹. Così, ad esempio, è stato ritenuto a tali fini inadeguato «l'indirizzo virtuale», cioè l'indirizzo di residenza, che non corrisponde al luogo di effettiva dimora, assegnato al fine di consentire alle persone che vivono in situazione di precarietà abitativa di accedere ai servizi del territorio. Esso, ha specificato il TAR, pur costituendo una valida «iscrizione anagrafica» e non uno strumento preordinato a trarre in inganno l'amministrazione e a sottrarsi ai suoi controlli – non corrisponda a un alloggio reale e effettivo utile all'ottenimento del rilascio-rinnovo del titolo di soggiorno, per il quale occorre che lo straniero dimostri di avere la concreta disponibilità di una abitazione (elemento sintomatico della sua capacità di mantenersi e del suo inserimento nel tessuto sociale e produttivo)».

⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 24 marzo 2023, n. 2993.

⁶ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 2 luglio 2020, n. 4275; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 maggio 2020, n. 2826; TAR Campania, Napoli, sez. VI, sentenza del 9 marzo 2022, n. 1611. In tema di soddisfacimento del bisogno abitativo cfr. di recente M. DELSIGNORE, *Il diritto all'abitazione in emergenza*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2023, p. 473 ss.

⁷ TAR Campania, Napoli, sez. VI, sentenza del 25 giugno 2020, n. 2623; in senso analogo, cfr. anche TAR Campania, Napoli, sez. VI, sentenza del 24 febbraio 2021, n. 1257; TAR Campania, Napoli, sez. VI, sentenza del 9 luglio 2021, n. 4761; TAR Campania, Napoli, sez. VI, sentenza del 13 marzo 2023, n. 1596

⁸ Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 21 ottobre 2013, n. 5100.

⁹ Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 3 aprile 2017, n. 1524.

Il Consiglio di Stato¹⁰ ha inoltre chiarito che spetta all'interessato offrire la prova della disponibilità di un alloggio stabile presso il quale è domiciliato, producendo documenti quali i pagamenti delle utenze, delle spese condominiali o un contratto di locazione regolarmente registrato o un atto di acquisto dell'immobile. In quel caso è stata pertanto ritenuta comprovata la sostanziale assenza del requisito alloggiativo, in quanto dall'attività istruttoria emergeva un documento con cui il Comune comunicava la non veridicità della dichiarazione inerente alla dimora abituale dell'istante, nonché degli altri stranieri con lo stesso asseritamente conviventi; dai sopralluoghi della Questura, inoltre, nessuno era stato reperito e all'indirizzo indicato era stato rinvenuto un portone chiuso a chiave vetusto e apparentemente abbandonato, senza alcuna targhetta indicante i nomi dei residenti e senza cassetta postale; non da ultimo, gli inquilini dell'edificio avevano asserito di non conoscere l'istante.

Nel caso citato, tuttavia, con documentazione prodotta successivamente, l'appellante aveva depositato in giudizio il contratto di locazione, per la durata di tre anni e regolarmente registrato; la prova dei pagamenti del canone di locazione nonché delle varie utenze; il d.u.r.c. dal quale si evince che lo stesso è risultato regolare nei confronti di Inps e Inail; la dichiarazione dei redditi; il certificato dei carichi pendenti dal quale nulla si rilevava. Seppur tali circostanze sopravvenute non comportino l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto lo stesso è il risultato di una decisione maturata sulla base della valutazione delle circostanze di fatto e di diritto esistenti nel momento della sua adozione sulla scorta del principio del *tempus regit actum*, il Collegio rileva la necessità di svolgere «una valutazione più ampia sulla possibile rilevanza delle circostanze maturate in un momento successivo all'adozione dell'atto che, se pur non idonee a intaccare sfavorevolmente sotto tale profilo la valutazione amministrativa, tuttavia incidono significativamente sulla attuale situazione giuridica dell'appellante».

Evidenzia dunque il Giudice che l'Amministrazione, «nell'esercizio del suo potere, deve tenere in debito conto le circostanze sopravvenute che, anche se non conoscibili perché non esistenti al momento dell'adozione dell'atto – che quindi deve ritenersi pienamente legittimo – comunque hanno modificato la situazione giuridica dell'appellante e potrebbero, nel rispetto della normativa vigente e in concorrenza degli ulteriori indefettibili presupposti, condurre ad una nuova valutazione ed un differente esito procedimentale». Ciò può condurre, dunque, ad una rivalutazione sulla sua posizione giuridica, con il conseguente obbligo per l'amministrazione di riesaminare la posizione

¹⁰ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 19 settembre 2022, n. 8074.

del cittadino straniero avendo riguardo anche agli elementi sopravvenuti all'emanazione del provvedimento impugnato.

Con specifico riferimento alla capacità reddituale, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo è necessario, come presupposto ineludibile, che l'istante fornisca prova di essere nella disponibilità di un reddito, da lavoro o altra attività lecita, sufficiente al sostentamento¹¹.

La giurisprudenza ha inoltre specificato che la domanda di rinnovo del titolo di soggiorno per svolgimento di attività di lavoro autonomo deve essere supportata da idonea documentazione, come ricevute o fatture. Non è pertanto ritenuta sufficiente, a tal fine, la dichiarazione dei redditi, che «non è un atto pubblico e di pubblica fede, con efficacia probatoria privilegiata, bensì una dichiarazione di parte adottata dal contribuente sul principio della c.d. autoliquidazione dell'imposta e, dunque, di per se stessa inidonea a certificare, con efficacia fidefacente, i dati in essa indicati»¹², a maggior ragione se non avvalorata dai versamenti contributivi¹³.

Nella stessa direzione il TAR Sardegna¹⁴, evidenzia che «nella richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo, la produzione di documentazione non idonea a dimostrare la disponibilità da parte del richiedente di idonei mezzi di sostentamento, costituenti requisito fondamentale per la concessione del titolo richiesto, unitamente alla produzione di fatture disconosciute dal soggetto indicato come emittente delle stesse, costituiscono elementi fortemente indicativi della complessiva inattendibilità del dichiarante».

Il Consiglio di Stato¹⁵ ha inoltre specificato che «la soglia di reddito annuo richiesta per il rilascio del primo permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo può essere espressamente fissata in una misura più alta rispetto a quella prevista per il lavoro dipendente, secondo una ragionevole logica di cautela, in presenza di una minore garanzia circa la futura stabilità dell'attività lavorativa e del conseguente reddito, maggiormente esposti agli effetti della libera iniziativa dell'interessato ed alle fluttuazioni di mercato rispetto al lavoro dipendente». Più in generale, «secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, anche ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo, non è richiesto l'accertamento puntuale del superamento

¹¹ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, sentenza del 7 febbraio 2022, n. 271.

¹² Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, sentenza del 18 maggio 2023, n. 365.

¹³ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 12 maggio 2021, n. 3759.

¹⁴ TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, sentenza del 12 aprile 2021, n. 259.

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 4 maggio 2022, n. 3505.

della soglia reddituale minima, in quanto deve essere effettuato un giudizio prognostico sulla futura capacità reddituale dello straniero»¹⁶.

Emerge, dunque, un generale consenso nel valutare l'infedeltà fiscale e le irregolarità contabili quali idonee motivazioni a sostegno del provvedimento di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo¹⁷.

Coerentemente con gli orientamenti giurisprudenziali menzionati, che nel tempo hanno esaminato e specificato in maniera dettagliata i requisiti necessari affinché il permesso di soggiorno per lavoro autonomo possa legittimamente essere oggetto di rinnovo, la sentenza del TAR Campania in commento ribadisce la necessità per l'Amministrazione di svolgere una istruttoria che possa restituire un quadro reale ed effettivo rispetto alla situazione giuridica del soggetto richiedente.

4. *Note di chiusura: la centralità della situazione giuridica del soggetto*

A conclusione della rassegna svolta, si evince per lo specifico caso, e in generale per la materia del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo, che la giurisprudenza amministrativa privilegia un approccio volto ad indagare aspetti sostanziali afferenti alla sfera della persona e non già meramente formali. Non a caso spesso il giudice ordina all'autorità amministrativa di rivalutare e di rinnovare passaggi istruttori, prestando attenzione massima alle situazioni di fatto, anche al fine di considerare la situazione giuridica dell'istante nel suo evolversi.

Significativamente, viene sovente richiamato quanto affermato dal Consiglio di Stato¹⁸, ove si evidenzia come in tale materia il giudizio amministrativo si configuri «come giudizio sulla situazione giuridica soggettiva e non solo sull'atto impugnato, imponendosi la valutazione degli elementi che si sono effettivamente concretizzati nelle more tra l'istanza presentata, il suo esame da parte dell'Amministrazione ed il giudizio, perché se è vero che questi elementi non potevano incidere sull'atto, gli stessi influiscono sulla situazione giuridica del soggetto interessato e la loro mancata valutazione può comprometterla irrimediabilmente, arrecando un pregiudizio a diritti fondamentali della persona umana».

¹⁶ Così TAR Lombardia, Milano, sez. I, sentenza del 15 gennaio 2021, n. 137.

¹⁷ In tal senso anche TAR Sicilia, Palermo, sez. III, sentenza del 5 maggio 2020, n. 887.

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 24 marzo 2023, n. 2993; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 1° giugno 2022, n. 4467.

UNA SENTENZA NON TRADOTTA,
UN “PREGIUDIZIO EFFETTIVO” NON DIMOSTRATO:
VERSO LA RELATIVIZZAZIONE DELL’ASSISTENZA LINGUISTICA?

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. La vicenda e le argomentazioni del ricorrente. – 2. La decisione. – 3. Un censurabile “principio di inerzia”. – 4. La teoria del “pregiudizio effettivo” e la definitiva relativizzazione dell’assistenza linguistica.

1. *La vicenda e le argomentazioni del ricorrente*

Il caso in analisi, deciso dalla Corte di cassazione nel luglio 2023, trae origine dall’impugnazione, interposta da un cittadino albanese (S.), avverso la sentenza di condanna adottata dalla Corte d’assise d’appello di Napoli che ne riconosceva la penale responsabilità per omicidio premeditato con il riconoscimento delle attenuanti generiche¹.

Tra i vari motivi di ricorso, S. lamentava la violazione dell’art. 143 c.p.p., in quanto il provvedimento di condanna veniva depositato senza la traduzione in lingua albanese. La difesa di S. rappresentava, in particolare, che tale traduzione fosse necessaria in quanto l’imputato possedeva – e possiede attualmente – «una conoscenza “claudicante” della lingua italiana parlata e ancor più sommaria di quella scritta e della terminologia tecnico giuridica»².

Interpolando il contenuto dei motivi difensivi e le considerazioni della Corte, può ricostruirsi, per sommi capi, il tortuoso *iter* processuale della vicenda.

Nel corso del giudizio di primo grado, l’esame dell’imputato si era svolto con l’ausilio di un interprete³. In appello, nonostante avesse «dichiarato di parlare e comprendere discretamente l’italiano»⁴, S. fu parimenti «assistito da un interprete» e la sentenza di secondo grado «[fu] tradotta»⁵. La Cor-

* Postdoctoral Researcher in Criminal Law and Criminal Procedure, Università di Lussemburgo.

¹ Si tratta di Cass. Pen., sez. I, sentenza del 6 luglio 2023 (ud. 8 marzo 2023), S., n. 29291, inedita.

² § 3.1, 3° cpv. del *Rit. in fatto*.

³ *Ibidem*.

⁴ § 2.1, 4° cpv. del *Cons. in dir*.

⁵ § 2.1, 6° cpv. del *Cons. in dir*.

te di cassazione annullò con rinvio tale sentenza per violazione dell'art. 176 c.p.p.⁶.

In sede di giudizio di rinvio, veniva nuovamente nominato un interprete⁷. In udienza, l'imputato rilasciò spontanee dichiarazioni «leggendo un testo in lingua italiana precedentemente redatto»⁸. Da tale fatto, il giudice ritenne «positivamente provata la conoscenza effettiva da parte dell'imputato della lingua italiana»⁹. La sentenza di appello, quindi, venne resa solamente in italiano.

Si doleva l'imputato che l'omessa traduzione di quest'ultimo provvedimento in lingua albanese avesse causato, per ciò solo, la nullità della stessa. Secondo la difesa, tale prospettiva sembrava confermata da una recente decisione della Suprema Corte, laddove veniva sancito il seguente principio di diritto: «l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloglotta, non irreperibile né latitante, sussiste – a pena di nullità *ex art. 178 lett. c) cod. proc. pen.* – anche nel caso in cui egli abbia eletto domicilio presso il difensore, avendo quest'ultimo solo l'obbligo di ricevere gli atti destinati al proprio assistito, ma non anche quello di procedere alla loro traduzione»¹⁰.

In subordine, la difesa domandava comunque l'annullamento con rinvio della sentenza (non tradotta) al fine di attenderne il deposito nell'idioma dell'imputato, nonché la rimessione dei termini di quest'ultimo per proporre eventuale impugnazione.

2. *La decisione*

Le doglianze difensive venivano ritenute infondate «sotto un duplice profilo»¹¹.

In primo luogo, la Suprema Corte – richiamando i suoi approdi consolidati – notava che il diritto alla interpretazione e traduzione *ex art. 143 c.p.p.* si attiva solamente a fronte dell'accertamento di ignoranza della lingua italiana da parte dell'imputato. E che, quindi, qualora lo stesso «mostri, in qualsiasi maniera di rendersi conto del significato degli atti compiuti con il suo inter-

⁶ La corte d'appello aveva indebitamente rigettato le richieste istruttorie formulate dall'imputato.

⁷ § 3.1, 3° cpv. del *Rit. in fatto*.

⁸ § 3.1, 4° cpv. del *Rit. in fatto*.

⁹ § 2.1, 4° cpv. del *Cons. in dir.*

¹⁰ Cass. Pen., sez. VI, sentenza del 2 agosto 2021 (ud. 7 luglio 2021), Li Min, n. 30143, in *C.e.d.*, n. 281705.

¹¹ § 2 del *Cons. in dir.*

vento o a lui indirizzati e non rimanga completamente inerte, ma al contrario, assuma personalmente iniziative rivelatrici della sua capacità di difendersi adeguatamente», il giudice non potrà dirsi obbligato a nominare alcun interprete. Non esiste, chiosa la Cassazione, un diritto «indiscriminato» dello straniero «in quanto tale» a beneficiare dell'assistenza linguistica; né tale beneficio si lascia qualificare come «atto dovuto e imprescindibile»¹².

Venendo al caso di specie, il giudice di legittimità rilevava, da un lato, che S. aveva autonomamente rappresentato – nel corso del primo giudizio di appello – di conoscere e parlare «discretamente» l'italiano e che, dall'altro, in sede di giudizio di rinvio, l'imputato aveva addirittura rilasciato spontanee dichiarazioni mediante lettura di un proprio memoriale in quella lingua¹³. Pertanto, la decisione della Corte d'assise d'appello di Napoli che non disponeva la traduzione della propria sentenza in idioma albanese non appariva «manifestamente illogica» agli occhi della Cassazione, né altrimenti censurabile in sede di legittimità, in quanto fondata su circostanze obiettive e motivate (definite, in tal senso, «univoche»)¹⁴. Ed infatti, anche se S. aveva beneficiato dell'assistenza linguistica nelle pregresse fasi del procedimento, l'autorità giudiziaria resta libera di accertare autonomamente l'ignoranza della lingua italiana in capo all'imputato, in ogni fase e grado del procedimento.

In secondo luogo, la Cassazione richiamava il proprio indirizzo consolidato secondo cui l'omessa traduzione della sentenza, di per sé, non integra alcuna causa di nullità della stessa. L'argomentazione muove dal presupposto che l'art. 143 c.p.p. non contiene alcuna nullità formale a presidiarne l'inservanza. Quest'ultima potrebbe, al più, rilevare *ex art.* 178, comma 1 lett. c c.p.p. come nullità generale a regime intermedio, concernente «la violazione delle disposizioni relative all'assistenza dell'imputato», ma solo – specifica il Supremo Collegio – qualora si sia verificato un pregiudizio effettivo di tale prerogativa, che abbia frustrato la «piena consapevolezza della partecipazione al giudizio e la possibilità della completa esplicazione del diritto di difesa»¹⁵. Tali lesioni concrete non si sarebbero verificate nel presente caso, poiché S. ha presentato tempestivamente ricorso per cassazione, nel quale non ha peraltro eccepito alcun pregiudizio derivante dall'omissione della traduzione della sentenza.

¹² § 2.1, 2° cpv. del *Cons. in dir.*

¹³ § 2.1, 4° cpv. del *Cons. in dir.*

¹⁴ § 2.1, 6° cpv. del *Cons. in dir.*

¹⁵ § 2.2, 3° cpv. del *Cons. in dir.*

3. *Un censurabile “principio di inerzia”*

Uno dei punti salienti della linea argomentativa della sentenza in commento apre le porte per inferire la conoscenza della lingua italiana in capo a quell'indagato (o imputato) che «mostri, in qualsiasi maniera, di rendersi conto del significato degli atti compiuti con il suo intervento o a lui indirizzati» e, contestualmente, «non rimanga completamente inerte ma, al contrario, assuma personalmente iniziative rivelatrici della sua capacità di difendersi adeguatamente»¹⁶.

In altre parole, l'interessato “non inerte” si *presume* dotato di una conoscenza adeguata della lingua italiana per stare a processo. Altrimenti, pare suggerire la Suprema Corte, non avrebbe dimostrato consapevolezza in relazione agli atti del procedimento, né si sarebbe attivato in modo tale da far ritenere adeguata la propria difesa. Poiché nel caso di specie S. aveva dichiarato di conoscere “discretamente” l'idioma italiano (primo giudizio di appello) e aveva rilasciato spontanee dichiarazioni leggendo un documento vergato nella medesima lingua, precedentemente redatto (giudizio di rinvio), la decisione della Corte d'assise d'appello di non disporre la traduzione della propria sentenza non si esporrebbe a censure di legittimità.

Tale approccio, tuttavia, appare censurabile in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di assistenza linguistica.

La norma di riferimento è l'art. 6, par. 3, lett. e CEDU. Sia pur con qualche oscillazione, l'interpretazione di tale norma, così come elaborata dal giudice di Strasburgo, sottende un principio generale: sussiste un onere di accertamento in capo all'autorità procedente in merito alla padronanza dell'imputato della lingua del procedimento. Da ciò deriverebbe che non dovrebbe essere l'interessato a chiedere la nomina di un interprete, ma semmai l'autorità procedente «a dover verificare la conoscenza sufficiente della lingua del processo»¹⁷.

Posta questa doverosa premessa, andrebbe respinta, secondo i canoni provenienti da Strasburgo, che la mera dichiarazione di conoscenza “discreta” della lingua del procedimento proveniente dall'imputato – come quella di S. – sia sufficiente ad esimere il giudicante dall'appurare la sufficiente padronanza dell'idioma da parte dello stesso. Come è stato recentemente sostenuto, il fatto che un imputato abbia una conoscenza di base della lingua del processo non dovrebbe *di per sé* impedire a tale individuo di beneficiare di un'assi-

¹⁶ § 2.1, 2 cpv. del *Cons. in dir.*

¹⁷ Così M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, Milano, 2018, p. 51 s. Per una ricostruzione sistematica, si v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 229 ss.

stenza linguistica adeguata ad esercitare *pienamente* il suo diritto di difesa¹⁸. Richiamando i casi *Brozicek*¹⁹, *Cuscanti*²⁰ e *Amer*²¹, la Corte ribadisce che è responsabilità delle autorità coinvolte nel procedimento – in particolare dei tribunali nazionali – accertare *se* l'equità del processo richieda o abbia richiesto la nomina di un interprete, o di un traduttore, per assistere l'imputato²². Secondo l'opinione della Corte, tale dovere non è limitato alle situazioni in cui l'imputato straniero fa esplicita richiesta di interpretazione o traduzione. Data la posizione di rilievo occupata in una società democratica dal diritto a un processo equo, tale obbligo sorge ogniqualvolta ci siano ragioni per sospettare che l'imputato non sia sufficientemente competente nella lingua del procedimento, ad esempio se non è né cittadino né residente nel paese in cui si svolgono le udienze²³.

Alla luce di tale filone giurisprudenziale, si possono evidenziare le contraddizioni della sentenza in commento. La Cassazione avrebbe dovuto rilevare l'esistenza di plurime ragioni da cui desumere la non sufficiente conoscenza dell'italiano in capo all'imputato, cittadino albanese e non residente in Italia (e presente sul territorio nazionale dal 2016, anno della sua carcerazione). Infatti, nello stesso processo in cui S. aveva rappresentato di conoscere "discretamente" l'italiano (primo giudizio di appello), risulta che egli era assistito da un interprete e la sentenza era comunque stata tradotta (!). Difficile far derivare da quella sola dichiarazione la conoscenza dell'idioma italiano.

Né, similmente, potrebbero essere sufficienti le spontanee dichiarazioni in italiano rese dall'imputato nel giudizio di rinvio, in quando le stesse erano il risultato della lettura di un memoriale *precedentemente redatto* (non si comprende, peraltro, se da S. o dal difensore). Arduo, quindi, dedurre da queste due sole circostanze la sufficiente conoscenza della lingua italiana, nel contesto di un procedimento in cui l'imputato era stato costantemente assistito da un interprete e dove, par di capire, la prima sentenza a non essere stata tradotta fu proprio quella oggetto di doglianza, in sede di rinvio.

Se l'apprezzamento del giudice di merito *in parte qua* si limitava, quindi, ad una analisi quantomeno non conclusiva in merito al grado di padronanza della lingua italiana in capo ad S., ecco che si manifestano possibili, ed ulte-

¹⁸ Corte Edu, sentenza del 28 agosto 2018, *Vizgirda c. Slovenia*, ric. 59868/08, § 83.

¹⁹ Corte Edu, sentenza del 19 dicembre 1989, *Brozicek c. Italia*, ric. 10964/84.

²⁰ Corte Edu, sentenza del 24 settembre 2002, *Cuscanti c. Regno Unito*, ric. 25720/02.

²¹ Corte Edu, sentenza del 18 ottobre 2006, *Amer c. Turchia*, ric. 25720/02.

²² Corte Edu, *Vizgirda*, cit., § 80.

²³ *Ibid.*, richiamando Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, ric. 18114/02, § 76.

riori, profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea, in particolare con l'art. 3, parr. 1 e 2, dir. 2010/64/UE, secondo cui «gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati che non comprendono la lingua del procedimento penale ricevano, entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento» e, tra questi, vi rientrano «le sentenze».

Secondo l'interpretazione teleologica di tali norme operata dalla Corte di Giustizia²⁴, quando una sentenza è trasmessa soltanto nella lingua del procedimento penale in questione, sebbene la persona che ne è la destinataria non padroneggi tale lingua, quest'ultima non è in grado di comprendere gli addebiti che le sono contestati e non può dunque esercitare efficacemente i propri diritti della difesa senza disporre di una traduzione di detto provvedimento in una lingua a lei comprensibile²⁵. I diritti dell'equo processo, più in generale, intendono assicurare che l'interessato sia edotto degli addebiti contestatigli e possa difendersi; a tal fine, «la direttiva facilita l'applicazione di tale diritto nella pratica»²⁶.

Se è pur vero che gli Stati membri restano liberi, in linea di principio, di saggiare come meglio credono la conoscenza della lingua del procedimento in capo a indagati ed imputati in nome del principio di *procedural autonomy*²⁷, l'interpretazione eccessivamente formalistica promossa dalla Cassazione nel caso di specie ha *de facto* precluso ad S. di comprendere, in un idioma a lui conosciuto, il contenuto della sentenza, pregiudicando in modo più che rilevante

²⁴ Per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione tecnica*, 11 maggio 2022, n. 30/2022.

²⁵ CGUE, sentenza del 12 ottobre 2017, *Sleutjes*, C-278/16, EU:C:2017:757, §§ 28-34.

²⁶ V. l'Opinione dell'Avvocato Generale Wahl nella causa *Sleutjes*, EU:C:2017:366, § 33. Sostiene che la traduzione debba sempre essere fornita all'imputato, a dispetto di qualsiasi richiesta in tal senso, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 439.

²⁷ Sia consentito il richiamo a S. ALLEGREZZA, L. BERNARDINI, *Directive 2010/64/EU on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *Immigration, Personal Liberty, Fundamental Rights*, Milano, 2023, p. 129, laddove si enfatizzava che «the absence of common criteria for establishing the lack of knowledge (or “non-understanding”) of the language of the main proceedings seems questionable. In the absence of further indicators set at EU level, each Member State may choose more or less effective forms of verification of knowledge. Anyone who has had the slightest contact with the practice knows how superficial such assessment can be, especially in simplified or accelerated procedures. Moreover, the reluctance to invest resources in developing methodologies that can be considered scientifically sound and oriented towards an effective defence of the underlying right is well known».

l'esercizio *pieno* delle facoltà difensive (tra cui il consapevole esercizio della facoltà di impugnare, di fatto espletata solamente dal solo difensore di S., l'unico ad avere le competenze linguistiche necessarie per intendere il contenuto del provvedimento, e regolarsi di conseguenza).

È vero, certo, che l'Autorità giudiziaria può sempre modificare il proprio convincimento in merito alla conoscenza dell'idioma processuale in capo all'imputato. Ma giammai dovrebbe farlo in maniera aprioristica. Al contrario: dovrebbe fornire una motivazione esaustiva sul perché, differentemente dalle pregresse fasi del procedimento, l'interessato viene, in un momento successivo, ritenuto sufficientemente padrone della lingua italiana. A maggior ragione quando, come nel caso di specie, l'imputato fu già – e più volte – beneficiario dell'assistenza linguistica.

4. *La teoria del “pregiudizio effettivo” e la definitiva relativizzazione dell'assistenza linguistica*

Brevi considerazioni merita pure la c.d. teoria del pregiudizio effettivo propugnata dal giudice di legittimità, a mente del quale, per ciò che qui importa, la nullità a regime intermedio inerente l'«assistenza» dell'imputato – quale, in ipotesi, l'omessa traduzione della sentenza – rileva solo se da essa è derivato una concreta lesione delle prerogative difensive.

A tacere del fatto che l'omessa traduzione del provvedimento inerbirebbe, secondo accorta dottrina, non solo l'assistenza ma anche – e soprattutto – l'«intervento» dell'imputato (pregiudicato *ex se*, in ogni caso, dalla mancata trasposizione della sentenza nell'idioma conosciuto dall'interessato)²⁸, l'impostazione fondata sul “pregiudizio effettivo” come metro di valutazione violerebbe tanto il principio di tassatività delle nullità (in quanto non previsto a livello codicistico) quanto quello, dotato di copertura costituzionale, di legalità processuale²⁹.

Ma la mancata traduzione, quando la padronanza della lingua non è stata accertata in maniera compiuta, è sempre in grado di riverberare i propri effetti negativi sulle prerogative difensive potenzialmente espletabili dall'imputato³⁰. Infatti, «non si può ritenere che la parte si sia avvalsa in modo pieno

²⁸ Così, condivisibilmente, N. PASCUCCI, *La persona alloglotta sottoposta alle indagini e la traduzione degli atti*, Torino, 2022, p. 257 ss.

²⁹ Su questa linea, v. le ineccepibili considerazioni di N. PASCUCCI, *L'arretramento delle nullità in nome del pregiudizio effettivo: il caso dell'imputato alloglotta e della sentenza di appello non tradotta*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4/2021, p. 1446 ss.

³⁰ Si v., sul punto, V. GIGLIO, *Conoscenza della lingua italiana: per la Cassazione è presunta*

della facoltà cui la traduzione era preordinata, poiché l'assenza di quest'ultima limita necessariamente l'esercizio delle facoltà difensive ed argomentative dell'indagato, le quali non possono dirsi colmate dall'apporto tecnico del difensore»³¹.

In aggiunta a tali profili problematici, il principio dell'effettivo pregiudizio va infine criticato per i suoi effetti di relativizzazione del diritto all'assistenza linguistica. La Corte di legittimità, infatti, ha negato il verificarsi di tale lesione sulla base del fatto che S. ha proposto tempestivamente ricorso in Cassazione. Ma tale assunto è illogico: l'imputato ha impugnato la sentenza non tradotta *in primis* per richiederne la traduzione (!). Delle due l'una: o l'imputato ha diritto ad impugnare *utilmente* il diniego di traduzione (come previsto, peraltro, dall'art. 3, par. 5 dir. 2010/64, trasposto all'art. 143, co. 3 c.p.p.), oppure va ammesso placidamente – ma in contrasto con il codice di rito e le norme europee – che lo stesso *non può di fatto esercitare tale prerogativa* in quanto, una volta interposto il ricorso, il giudice superiore potrebbe sempre escludere, per ciò solo, il verificarsi di qualsiasi pregiudizio effettivo alle sue facoltà difensive.

Si può allora concordare con chi, non a torto, biasimava «la tenace resistenza della Corte di cassazione nei confronti della traduzione, soprattutto (ma non solo) delle sentenze»³².

se l'imputato alloglotta “non rimanga completamente inerte”, in *Terzultima fermata* (web), 1° settembre 2023.

³¹ N. PASCUCCI, *La persona alloglotta*, cit., p. 267.

³² M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 460.

LE ALTRE FORME DI TUTELA

GENDERING THE SHAMIMA BEGUM CASE: “JIHADI BRIDES” AND THE VICTIM/PERPETRATOR DICHOTOMY

Giorgia Baldi*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Victim or perpetrator. – 3. An alternative narrative. – 4. A missed opportunity.

1. *Introduction*

In February 2015, three girls, Shamima Begum, Amira Abase and Kadiza Sultana, all aged 15, travelled from London to Syria to join the newly established Caliphate (IS or ISIS - Islamic State). The news sparked a passionate debate in the country regarding the ability of the government to tackle extremism and save three young, bright girls. Appeals were launched to bring them home, but they seemed to have disappeared. In 2019, after the fall of ISIS in Raqqa, a journalist found one of the girls, Shamima, in Al-Hawl refugee camp in the north of Syria: a place where ISIS's women and children were temporarily detained by the Kurdish forces that had defeated ISIS. At that time, Shamima was 19 years old, and she had just delivered her third baby. Covered by her black jilbab, she was asking to return to the UK to save her toddler (who would die three weeks later of pneumonia) from the difficult conditions in the camp. Immediately after the interview, the British Home Secretary, Sajid Javid, declared that she would never be allowed to return to Britain. Shamima's family brought a case to the Immigration Tribunal, which decided to strip her of British citizenship. In 2020, the family went to the Court of Appeal, which ruled that she should be permitted to return to the UK to have a fair trial and to contest the Home Secretary's decision. However, in February 2021, the UK Supreme Court reversed the decision of the Court of Appeal, upholding the decision of the Secretary of State to strip her of British citizenship¹. An appeal was then made to the Special Immigration Appeals Commission (the Commis-

* Lecturer in Law School of Law, Politics, and Sociology, University of Sussex.

¹ A Sky News poll showed that 78% of British people agreed with the decision to revoke her citizenship. H. Carr, *Shamima Begum: 78% of Britons support revoking IS bride's UK citizenship*, in *Sky News*, 2019. <https://news.sky.com/story/shamima-begum-78-of-britons-support-revoking-is-brides-uk-citizenship-sky-data-poll-11643068>.

sion)², which declared the Secretary of State's decision lawful. While the case has important legal considerations which will be analysed, what is lacking is an intersectional gender perspective to help understand Shamima's story. This brief contribution fills that gap, offering an alternative reading of the case. In the case, she is constructed through binary polarities: on the one hand, she is portrayed as a monster who consciously decided to join an extremely violent religious movement, while on the other she is portrayed as a passive victim of a terrorist organisation. This binary representation not only perpetrates gender stereotypes, but it also obfuscates the real roots of the problem of radicalisation in the West. In other words, by excluding issues of gender, age and social class as well as geopolitical ruptures, the Commission not only perpetrates an understanding of Muslim women at the intersection of gender, Orientalism and Islamophobia³, but it also obfuscates the understanding of why young girls from western democracies decide to join ISIS, limiting the capacity of governments to properly address the problem of radicalisation in the West.

2. *Victim or perpetrator?*

While Shamima could not be assessed by any expert because she was forbidden to enter the country, the Commission was satisfied with the decision of the Secretary of State that she still posed a risk to UK security based on classified documents. However, the Commission felt the need to discuss Shamima's agency based on selected interviews.

The first issue discussed was whether Shamima, at the time 15 years old, travelled voluntarily to Syria. While interviews presented many inconsistencies and a lack of appropriate contextual information, for the Commission she had «determination and commitment to aligning with ISIL»⁴ based on three elements: firstly, she was a bright student and thus understood what she was doing; secondly, prior to her trip, she actively searched the internet for information about ISIS; thirdly, she stole her older sister's passport to travel to Syr-

² Special Immigration Appeals Commission, judgement of 22 February 2023, *Shamima Begum v The Secretary of State for the Home Department*, SC163/2019. The Special Immigration Appeals Commission is a superior court created by the Special Immigration Appeals Commission Act 1997. It deals with cases in which the Secretary of State exercises its statutory power to deport or exclude someone from British soil. It also hears appeals against decisions to deprive someone of citizenship based on the British Nationality Act 1981.

³ L. ABU-LUGHOD, *Do Muslim women really need saving? Anthropological reflections on cultural relativism and its others in American anthropologist*, no. 104.3, 2002, pp. 783-790.

⁴ Special Immigration Appeals Commission, judgement of 22 February 2023, *Shamima Begum v The Secretary of State for the Home Department*, SC163/2019, para 134.

ia. However, the link is unclear, as the defending lawyer points out, between «academic potential on the one hand and judgment, maturity and common sense on the other»⁵. Furthermore, according to the Secretary of State (and upheld by the Commission), Shamima did not regret her choice to join ISIS, as she stayed in Raqqa until the fall of the Caliphate: this, for the Secretary of State, is an indication that she still supports ISIS, and so she represents a danger to UK security. Here it is supposed that because Shamima had the agency to travel to Syria, she must also have the agency to return sooner to the UK, ignoring the gendered nature of mobility and agency within ISIS⁶. In fact, when joining ISIS, women give their passports to IS male members as a sign of their dedication: this, along with the necessity for ISIS women to travel with a male guardian, could have diminished her chances of escape. As a matter of fact, there are few cases of women trying to escape; in 2015 only two western women returned to their country, compared to 30% of their male counterparts⁷.

The understanding that she “did not regret in time” her choice is based on the first interview with Shamima, when she had just arrived at Al-Hawl refugee camp, where she stated that she had a good time in IS controlled territory. The Commission did not take into consideration that Al-Hawl refugee camp was populated by ISIS supporters and that she was subsequently moved into another camp, Al-Roj, for her own safety, as she started to be critical of ISIS. The Commission interpreted later interviews given in Al-Roj refugee camp, in which she was critical of ISIS, as a simple strategy adopted by Shamima to return to the UK. In essence, for the Commission, Shamima is simply guilty. She is guilty of checking online information and actively planning her trip to Syria, but she is also guilty of not regretting in time her choice to join ISIS. Above all, she committed the crime of ignoring that the West is the best place for Muslim women, refusing to play the part of the ‘good victim’: in that case, she would have been taken back as a ‘prodigal son’.

The defence, on the other hand, portrayed Shamima as a young girl, victim of trafficking and manipulation⁸. In the case, a report was submitted by Dr Michael Korzinski, an expert in trauma and trafficking, stating that «the adolescent brain continues to undergo neurological development and...someone

⁵ *Ibidem*, para 173.

⁶ S. HONG, *Bringing Back Women and Children from Syria*, in *Gender, Law, and Security*, 2021, p. 5.

⁷ J. COOK, G. VALE, *From Daesh to Diaspora: Tracing the Women and Minorts of Islamic State*, in *International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, no. 23/2018.

⁸ Special Immigration Appeals Commission, *Shamima Begum*, cit., para 148-9.

in Ms Begum's position was especially vulnerable»⁹. The report highlights the need to take into consideration «information about her family background and history, and her interpersonal relationships»¹⁰ when assessing Shamima's case. To strengthen this point, Mr Steve Harvey, a former police officer and independent consultant on trafficking, submitted that «individuals being trafficked for forced labour, especially in the early stages of the process, are often unaware that they are being trafficked, or indeed, exposed to any kind of risk or danger. The recruiter (a trafficker) ensures through preparation of the individual, that they feel safe and confident with the proposal or offer they have accepted. It is my professional experience that victims of trafficking have little or no concept of what they will actually be engaged in»¹¹.

Here, two opposing images of Shamima emerge: on the one hand, for the Commission the fact that she might have been victim of trafficking or manipulation does not change the fact that she still poses a risk to the security of the country. While for the defence, the fact that she might have been trafficked as a minor shows Shamima's lack of agency and responsibility. So, on the one hand, Shamima is seen as a dangerous religious extremist, while on the other as a passive victim.

However, both portrayals are misleading. The understanding of Shamima as a monster from which UK society must be protected reiterates gender stereotypes, disguising the complex roots of radicalisation. Sjoberg analyses the gendered representation of women within ISIS which characterizes them as «women terrorists rather than as terrorists who happen to be women – placing their gender at the forefront of accounts of their motivation»¹². These women are seen as deviating from “normal” forms of femininity¹³. “Abnormal” women challenge the traditional understanding of women as ‘nurturing souls’, and so they seem even more dangerous than men, due to their unpredictability. But understanding women as victims of manipulation also reiterates gender stereotypes which see women as non-violent and apolitical subjects who, unlike men who have rational motivations, are led by emotions: this, in turn, leads to a specific connotation between femininity and women's roles within society. Within the “mother discourse”, which is based on the idea that

⁹ Ivi, para 166.

¹⁰ Ivi, para 167.

¹¹ Ivi, para 171.

¹² L. SJOBERG, *Feminist interrogations of terrorism/terrorism studies*, in *International Relations*, no. 23.1/2009, p. 69.

¹³ L. SJOBERG, C. E. GENTRY, *Mothers, Monsters, Whores: Women's Violence in Global Politics*, London and New York, 2007.

women are “naturally nurturing souls”, women’s violence is understood as a «perversion of the private realm»¹⁴, placing them in the role of supporter of violent groups. Hence, women are understood as “domesticated terrorists”, and their roles is often linked to the need for love and belonging¹⁵. However, this understanding not only tends to reinscribe Muslim women in the position of “othered victims”, reiterating imperialist notions of western superiority¹⁶, but it also misrepresents women’s radicalisation, rendering it a simple passive process, and obscuring the various roles that women have within ISIS¹⁷. Here, an alternative intersectional gendered reading can be offered.

3. *An Alternative Narrative*

Shamima grew up in Bethnal Green, an area of London inhabited by a deeply conservative Muslim community where the line between extremism and religion is often blurred. Hussien Abase, father of Amira, one of the girls who travelled to Syria with Shamima, was found attending an Islamic rally organised by a famous hate preacher, Anjem Choudary, while screaming “Allahu akbar” (“God is great”) in front of a burning American flag¹⁸.

In this community, Muslim girls face different challenges from their male counterparts. While Muslim girls such as Shamima, Amira, and Kadiza outperform the boys in schools, their life choices are often limited in their own community. Khadiza’s sisters, for instance, had arranged marriages when they were just teenagers. Many Muslim girls are alienated from the West, with the need to fill the “void the West has so far failed to address,” and they “have come to resent the Western freedoms and opportunities their parents sought out”¹⁹. Those young girls reject the western identification of freedom with the sexed body and the conceptualisation of the *hijab* as a symbol of women’s oppression. Nine days before her trip to Syria, Amira wrote on a Twitter

¹⁴ Ivi, p. 32.

¹⁵ Ivi, p. 33.

¹⁶ M. KHALID, *Gender, Orientalism and Representations of the ‘Other’ in the War on Terror*, in *Global Change, Peace & Security*, no. 23.1/2011, pp. 15-29.

¹⁷ S. COTTE, *What ISIS Women Want*, in *Foreign Policy*, 2016, https://foreignpolicy.com/2016/05/17/what-isis-women-want-gendered-jihad/?utm_content=buffer02c22&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer.

¹⁸ K. BENNHOLD, *Jihad and Girl Power: How ISIS Lured 3 London Girls*, in *The New York Times*, 2015. <https://www.nytimes.com/2015/08/18/world/europe/jihad-and-girl-power-how-isis-lured-3-london-teenagers.html>.

¹⁹ *Ibidem*.

message: «I feel like I don't belong in this era»²⁰. Many Muslim girls do not feel integrated into London life; they do not feel accepted, and they are often subjected to episodes of racism and Islamophobia.

The Islamic State has used appealing strategies to recruit young girls, by promising them a “home”, a place to build an utopic Islamic state. ISIS propaganda empowers women through messages tailored to attract western women to travel to Syria²¹ borrowing from western pop culture. One message, mimicking the L'Oréal advertisement, showed a girl with a headscarf and the slogan «COVERed GIRL. Because I'm worth it»²². For Dr Joana Cook, assistant professor of terrorism and political violence at Leiden University, «it's fascinating, because when [...] look[ing] at internal documents like letters from women to other women in the IS, they speak about being 'empowered' by the rights they attain under the Islamic State – the right to wear religious symbols and practice their faith as they see fit, for example. So they reframe these narratives [of female empowerment] in a way that fits with IS ideology»²³.

For many Muslim girls from working class neighbourhoods in the West, joining ISIS is a way to emancipate from their parents and from the western society that has rejected them. For the lawyer of Shamima's family, Tasnime Akunjee, joining the Caliphate was a way to «take control of their own destiny»²⁴. It is therefore possible that Shamima and her friends, at the time 15 years old, were only partly aware of the reality of Raqqa, and that at that time they wanted to join Islamic State because it made more sense than the secular liberal democracies in which they lived. Probably, like many others who joined ISIS, they just wanted to live under what they thought to be Islamic law and to submit to God's will²⁵. For Dr Katherine Brown, King's College London, by joining Islamic State, these women think they will become “perfect people”²⁶, but they also escape from racism and patriarchal family structures²⁷. Saltman

²⁰ *Ibidem*.

²¹ N. LAHOUD, *Empowerment or Subjugation: An Analysis of ISIL's Gender Messaging*, in *UN Women – Arab States*, 2018, <https://arabstates.unwomen.org/en/digital-library/publications/2018/6/empowerment-or-subjugation>.

²² K. BENNHOLD, *Jihad and Girl Power: How ISIS Lured 3 London Girls*, cit.

²³ L. BJURWALD, *The Dilemma of Europe's returning female Jihadis*, EU Observer, 2021, <https://euobserver.com/world/153025>.

²⁴ K. BENNHOLD, *Jihad and Girl Power: How ISIS Lured 3 London Girls*, cit.

²⁵ S. COTTE, *What ISIS Women Want*, in *Foreign Policy*, cit.

²⁶ N. JAFFER, *The secret world of Isis brides: 'U dnt have 2 pay 4 ANYTHING if u r wife of a martyr'*, in *The Guardian*, 2015, <https://www.theguardian.com/world/2015/jun/24/isis-brides-secret-world-jihad-western-women-syria>.

²⁷ N. KAPOOR, *Citizenship deprivation at the nexus of race, gender, and geopolitics*, Verso, 2019,

and Smith²⁸ distinguish between push and pull factors in women's radicalisation. Among the pull factors are ideological and religious beliefs, while as push factors they identify the feeling of alienation from the West and the perception of persecution of the Muslim community worldwide (often with the involvement of western countries, which increases negative feelings towards western society).

This is not to give an explanation of Shamima's choices: probably, we will never know why she decided to travel to Syria and whether she is still a supporter of ISIS. What we know, however, is that by embedding gender stereotypes in the discussion, the Commission has failed to understand the complex roots of radicalisation which would include, at least, an understanding of Shamima's life in London before her trip to Syria.

4. *A missed opportunity*

Neither the Secretary of State nor the Commission have taken into consideration issues related to gender, age, social class, and religion that are at the crossroads of this case. The Commission was satisfied that «any individual assessed to have travelled to Syria and to have aligned with ISIL poses a threat to national security»²⁹, portraying Shamima as a 'monster' of a barbarous ideological zealotry. Scholars have noticed that female perpetrators are seen as inhuman, irrational, violent, and so outside of the norms of femininity, leading to a sensationalism which suggests that those women are psychologically disturbed and sexually deviated³⁰. But Shamima has also been portrayed as a victim in need of help, mirroring Orientalist discourses of Muslim women as passive agents 'to be saved', and not as subjects who make choices within gendered social structures³¹.

What is missing, then, when reading the Begum case, is an analysis of the complex intersection of socio-political structures which include Islamophobia, gender violence, and geopolitical ruptures. A more critical analysis of

<https://www.versobooks.com/en-gb/blogs/news/4250-citizenship-deprivation-at-the-nexus-of-race-gender-and-geopolitics>.

²⁸ E. M. SALTMAN, M. SMITH, 'Till Martyrdom Do Us Part' *Gender and the ISIS Phenomenon*, in *Institute for Strategic Dialogue*, 2015, <https://www.isdglobal.org/isd-publications/till-martyrdom-do-us-part-gender-and-the-isis-phenomenon/>.

²⁹ Special Immigration Appeals Commission, *Shamima Begum*, cit., para 128.

³⁰ L. SJOBERG, C. E. GENTRY, *Mothers, Monsters, Whores: Women's Violence in Global Politics*, cit.

³¹ L. SJOBERG, *Feminist Interrogations of Terrorism/Terrorism Studies*, cit.

those factors would not only make sense of Shamima's story, but it would also «allow for complex mappings of how agency and vulnerability act in concert, revealing the deep human knots that shape any such situation. A complexity that might for once disrupt the tired Orientalist binary of villain/victim that remains the insistent schema through which Muslim women must always be read»³². Ignoring gender stereotypes obscures the structural roots of the problem of radicalisation, limiting the capacity of western countries to prevent extremism³³.

³² N. KAPOOR, *Citizenship deprivation at the nexus of race, gender, and geopolitics*, in *Verso*, 2019, <https://www.versobooks.com/en-gb/blogs/news/4250-citizenship-deprivation-at-the-nexus-of-race-gender-and-geopolitics>.

³³ UN SECURITY COUNCIL - COUNTER TERRORISM COMMITTEE, *Gender Dimensions of the Response to Returning Foreign Terrorist Fighters: Research Perspectives*, 2019. <https://www.un.org/securitycouncil/ctc/content/gender-dimensions-response-returning-foreign-terrorist-fighters-research-perspectives>.

RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO ALLE DONNE VITTIME DI TRATTA

Ilaria Nigro*

SOMMARIO: 1. Fatti di causa e decisione. – 2. Inquadramento generale della tratta di esseri umani. – 3. Le forme di tutela. – 4. La posizione di vulnerabilità. – 5. Il dovere di cooperazione del giudice. – 6. Conclusioni.

1. *Fatti di causa e decisione*¹

Il caso riguardava una giovane cittadina nigeriana, che dinanzi alla Commissione Territoriale e al Tribunale di Catanzaro, luogo in cui viveva e lavorava, domandava, con esito negativo, protezione internazionale e il conseguente riconoscimento del suo diritto a ottenere il permesso di soggiorno, per ricevere tutela, in quanto vittima di tratta. La ricorrente raccontava che la donna presso la quale lavorava – in un ristorante e in casa – l’aveva affidata a un abituale cliente, con la promessa e lo scopo di prestare la sua attività in un altro ristorante. Tuttavia, solo successivamente, aveva preso coscienza che il viaggio intrapreso aveva come destinazione la Libia e che l’uomo aveva, in verità, pagato per comprarla. Nel tragitto verso la Libia, la ragazza lamentava di essere stata vittima di violenza, minacce e ricatto a opera del suo aguzzino e che, una volta giunti a destinazione, era stata costretta alla prostituzione.

Anche la Corte di Appello di Catanzaro respingeva il ricorso della donna nigeriana, assumendo la non plausibilità e credibilità del suo racconto, nonché il carattere confusionario e approssimativo dello stesso. In ultimo, escludeva la sussistenza dei requisiti per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale e protezione umanitaria.

Adita la Suprema Corte, la donna impugnava le conclusioni del giudice di secondo grado e denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 251/2007, degli artt. 7 e 8 del d.lgs. n. 25/2008, dell’art. 18 del d.lgs. n. 286/1998 e degli artt. 115 e 166 c.p.c. La ricorrente deduceva, in particolare, la superficialità della Corte di Appello adita nella valutazione dei fatti allegati in primo e secondo grado e dell’omessa consultazione di fonti pertinenti alla situazione denunciata.

* Dottoranda di ricerca in Diritto ed Economia, Università degli Studi del Molise.

¹ Cass. civ., sez. I, sentenza del 12 gennaio 2022, n. 676.

I giudici di legittimità, in conclusione, cassavano e rinviavano la sentenza impugnata alla Corte di Appello di Catanzaro, dichiarando la fondatezza del ricorso e la sussistenza del fenomeno persecutorio, nonché il riconoscimento, alla donna, dello status di rifugiato.

2. *Inquadramento generale della tratta di esseri umani*

Nel censurare le decisioni pregresse, la pronuncia in esame richiama le origini e le complessità della tratta di esseri umani, che ha la peculiarità di manifestarsi attraverso il trasferimento della vittima dal Paese di origine a quello in cui si realizza lo sfruttamento. Questa attività criminale si innesta in un quadro giuridico normativo teso all'individuazione di un vulnus specifico, causato dal verificarsi di un illecito, e di rimedi che devono essere apprestati con il dovere di tutelare i diritti che vengono lesi.

Una nozione tradizionale di tratta di esseri umani – collegata al fenomeno della schiavitù – si ricavava ex art. 1, § 2, della Convenzione concernente la schiavitù² siglata a Ginevra il 25 ottobre 1926 ed entrata in vigore in Italia con il Regio decreto n. 1723/1928.

In altre parole, il campo semantico della nozione di schiavitù richiama un comportamento *uti dominus*, concepito come l'appropriazione di un individuo, che viene generalmente considerato come una mera *res*, in quanto scambiato o venduto, o in comportamenti posti in essere da un individuo su un altro, consistenti in sevizie e coercizioni, in termini di grave limitazione della libertà personale³.

Quanto premesso trova diretta conferma nel preambolo della Convenzione di Varsavia⁴ del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani firmata a Varsavia il 16 maggio 2005 e ratificata in Italia con legge n. 108 del 2 luglio 2010, che rappresenta il primo trattato internazionale sulla materia, volto a stabilire le regole di cooperazione giudiziaria e le forme di protezione per le vittime.

La definizione di tratta di esseri umani, in termini moderni è tracciata proprio dalla Convenzione de quo, che la qualifica come una grave violazione dei diritti umani, che offende la dignità e l'integrità dell'individuo.

² Convenzione concernente la schiavitù siglata a Ginevra il 25 ottobre 1926 ed entrata in vigore in Italia con il Regio decreto n. 1723/1928.

³ F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, p. 1763.

⁴ Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani firmata a Varsavia il 16 maggio 2005 e ratificata in Italia con legge n. 108 del 2 luglio 2010.

Ai sensi dell'art. 4, lett., a) si specifica che la «tratta di esseri umani indica il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento»⁵.

Sul piano dell'Unione europea assume rilevanza la Direttiva 2011/36/UE⁶, adottata con il precipuo scopo di reprimere e prevenire il fenomeno della tratta. La definizione di tratta di esseri umani prevista nella direttiva de quo, seppure ricalchi quella formulata dalla Convenzione di Varsavia del 2005, presenta un *quid pluris*, consistente nel riferimento alla situazione psicologica in cui riversa la vittima: la cd. «posizione di vulnerabilità».

Sul piano nazionale si individua il cd. Decreto Qualifiche n. 251/2007 che in attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, prescrive i requisiti per integrare lo status di rifugiato e/o la protezione sussidiaria (artt. 2 e 14 d.lgs. n. 251/2007)⁷. In particolare, l'articolo 19 del decreto de quo introduce norme specifiche volte a qualificare le vittime di tratta quali persone vulnerabili tra i richiedenti asilo⁸.

In secondo luogo, viene in rilievo il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. n. 286/1998) che riconosce diverse forme di tutela alternative e residuali rispetto alla protezione internazionale. In particolare, a seguito della L. 40/98 (cd. Turco-Napolitano), poi trasfusa nel T.U.I., è stato introdotto il permesso per motivi cd. umanitari (art. 5 co. 6); una clausola di salvaguardia del diritto al permesso di soggiorno, con l'esigenza di fornire protezione allo straniero per le sole esigenze di carattere umanitario, senza alcun riferimento a motivi di persecuzione.

⁵ Cfr. art. 4, lett., a) della Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani.

⁶ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI., (G.U.U.E. L 101 del 15/04/2011).

⁷ Cfr. artt. 2 e 14 del Decreto Qualifiche n. 251/2007.

⁸ Cfr. *ivi* art. 19.

3. *Le forme di tutela*

Nella sentenza in esame, il Supremo Collegio traccia una distinzione tra i rimedi previsti dall'ordinamento nazionale e quello internazionale per far fronte all'insidioso fenomeno della tratta. In questa prospettiva, rilevano la protezione internazionale e la protezione complementare.

Com'è noto, la prima prevede due diverse forme di tutela: lo status di rifugiato, riconosciuto a chi ha il giustificato timore di essere perseguitato per i motivi di cui all'art. 1, lett. a), § 2 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati⁹; e la protezione sussidiaria, riconosciuta in via integrativa a beneficio dello straniero che non possieda i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma per il quale sussistono fondati motivi di ritenere che correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno in caso di rimpatrio.

Nel quadro della protezione complementare, in relazione alle vittime di tratta, si annoverano il permesso di soggiorno ex artt. 18 (cd. protezione sociale) e 5, co. 6 (cd. motivi umanitari) del T.U.I.

La protezione sociale è uno strumento di tutela che il T.U.I. riconosce per assicurare alle vittime di tratta assistenza e protezione e ricomprende le situazioni per le quali non possa disporsi il riconoscimento della protezione internazionale. Infatti, non richiede, necessariamente, ragioni fondate sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave per la vita. La protezione sociale ex art. 18 si innesta nell'ambito della repressione di questo crimine, in quanto spettante solo alle vittime che sono esposte al rischio e che possono richiederlo per sottrarsi allo sfruttamento attraverso la predisposizione di programmi di integrazione sociale e di sostegno, finalizzati a garantire assistenza e protezione.

Il permesso per motivi umanitari ha, invece, portata più ampia, in quanto si richiede solo l'accertamento della vulnerabilità.

Tra i due articoli vi è un rapporto di *genus* (art. 5, co. 6) a *species* (art. 18).

Il d.l. n. 113 del 2018 ha abrogato l'istituto di carattere aperto, con ampi margini di interpretazione, come quello dell'art. 5, co. 6, sostituendolo con una casistica puntuale di permessi di soggiorno e creando un vero e proprio catalogo chiuso¹⁰.

Discusso è il suo campo di applicazione della normativa previgente in relazione procedimenti amministrativi e civili non ancora definiti al momento

⁹ Convenzione sullo statuto dei rifugiati conclusa a Ginevra il 28 luglio 1951 ed entrata in vigore in Italia con L. 722/1954.

¹⁰ N. CANZIAN, *Profili di diritto intertemporale del decreto-legge n. 113/2018*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/ 2019, p. 10.

dell'entrata in vigore del decreto, data la mancanza di norme transitorie dalle quali sia possibile desumere la disciplina intertemporale¹¹.

Successivamente, la giurisprudenza ha definito il regime temporale di applicabilità della legge n. 132 del 2018 in materia di protezione umanitaria, sottolineando che «la normativa introdotta con il D.L. n. 113 del 2018 non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge». In particolare, suddette domande sono scrutinate sulla base della normativa vigente alla data della loro presentazione. In tale ipotesi l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di cui all'art 5 co. 6 sulla base della normativa vigente prima dell'entrata in vigore del decreto-legge comporterà il rilascio del permesso di soggiorno per casi speciali previsto dall'art. 1, co. 9, del suddetto D.L.»¹².

A seguito della riforma, i fatti costitutivi del diritto di soggiorno per motivi umanitari sembrano trovare il loro ambito di applicazione alla stregua dell'art. 19 d.lgs. 286/1998 (cd. protezione speciale) che disciplina il divieto di espulsione e di respingimento, così come modificato prima dal d.l. n. 113/2018 e poi, successivamente, dal d.l. n. 130/2020.

In particolare, la vulnerabilità recupererebbe il suo campo di applicazione declinandosi alla luce del parametro «dell'effettivo inserimento sociale in Italia» di cui all'art. 19, co. 1.1., desumibile dai vincoli instaurati dallo straniero nel Paese di accoglienza. In altri termini, la stessa è espressione della situazione in cui riverserebbe l'individuo a causa di suo uno allontanamento «capace di compromettere il diritto alla vita privata e/o familiare a fronte della dimostrazione di essersi radicato e integrato alla stregua di incisivi indici di stabilità lavorativa e relazionale»¹³.

In questa prospettiva, la giurisprudenza richiede sempre una valutazione comparativa tra la circostanza per cui il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio di diritti umani e la situazione di integrazione raggiunta nel paese di accoglienza¹⁴.

In relazione alle vittime di tratta, come nel caso di cui ci si occupa, la stessa potrebbe trovare tutela alla stregua non solo (e ancora) dell'art. 18, ma anche del conseguente articolo 19, co. 1.1, attesa la circostanza per cui la donna riferi-

¹¹ M. DE ANGELIS, *Protezione umanitaria: espressione del diritto di asilo costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2020, pp. 2410 ss.

¹² Cass. civ. sez. I, 16.04.2020, n. 7875.

¹³ M. CONSITO, *La transitorietà protratta della protezione umanitaria*, ADiM Blog, Analisi & Opinioni, Novembre 2021, p. 4.

¹⁴ *Ibidem*.

sce, in sede di giudizio, di lavorare da tempo nel territorio italiano. Tuttavia, in giurisprudenza e in dottrina si è rilevato che l'art. 19, co. 1.1. sembrerebbe lasciare sfortunate di tutela «innumerevoli situazioni nelle quali il previgente art. 5 co. 6 d.lgs. 286/98 imponeva il riconoscimento della protezione umanitaria»¹⁵.

La novella del 2020 ha riscritto la formulazione dell'art. 5, co. 6, ripristinando solo l'inciso relativo al rispetto degli «obblighi costituzionali o internazionali» e non, invece, quello dei «seri motivi, in particolare di carattere umanitario» previsto nella previgente normativa¹⁶.

In questa prospettiva e più nello specifico in riferimento alle vittime di tratta, potrebbe trovare applicazione anche la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, siglata a Istanbul, l'11 maggio 2011 e ratificata con legge n. 77 del 27 giugno del 2013.

La formulazione della nuova disposizione dell'art. 5, co. 6, che ha comunque un'autonoma collocazione nel T.U.I., è espressamente richiamata anche nella nuova formulazione dell'art. 19¹⁷.

Generalmente, la situazione di vulnerabilità, nelle vittime di tratta, viene direttamente collegata alla mera appartenenza al genere donna (come si discuterà di seguito).

Di conseguenza, considerando che alla stregua dell'art. 61 della Convenzione, letto in combinato disposto con l'art. 19 T.U.I., la violenza di genere rileva sia nella valutazione dello status di rifugiato che nelle forme complementari di protezione, la vulnerabilità de quo costituirebbe essa stessa presupposto autonomo per ottenere il riconoscimento di titoli di soggiorno. Pertanto, attraverso un'applicazione diretta delle norme di cui alla Convenzione, attuata proprio mediante il richiamo del rispetto degli obblighi internazionali, così come imposti dall'art. 5, co. 6 e 19 T.U.I., si recupererebbe una tutela tale da abbracciare una molteplicità di situazioni fondate sulla mera violenza di genere¹⁸.

Va da sé che parrebbe ipotizzabile per le vittime di tratta, la cui situazione non trova specifico collocamento all'interno dei permessi tipizzati, che il rin-

¹⁵ G. TRAVAGLINO, *La protezione umanitaria tra passato e futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2022, p. 127.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. FLAMINI, N. ZORZELLA, *Asilo e protezione internazionale*, Rassegna di giurisprudenza italiana, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*.

¹⁸ M. PORCHIA, *From the protection of vulnerability to the recognition of migrant women's rights: Italian jurisprudence on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, in *AG – About Gender*, n. 10/2021, pp. 64-93 ss.

vio agli obblighi internazionali operato dalla nuova disposizione rappresenterebbe una sorta di “clausola aperta” per ottenere il riconoscimento diretto di una tutela ex art. 19 T.U.I.

Al di là di quanto detto, non si ravvisano, alla luce della nuova disciplina, pratiche applicazioni in relazione al trattamento giuridico da riservare alle vittime di tratta, la cui situazione integrerebbe i presupposti per il riconoscimento del “vecchio” permesso di cui all’art. 5, co. 6.

4. *La posizione di vulnerabilità*

Nella sentenza in oggetto, i giudici di legittimità argomentano che l’avvento dell’età moderna ha dato il via a un «cd. processo di specificazione dei diritti umani»¹⁹, che concentra l’attenzione sui gruppi sociali che, in quanto tali, risultano essere vulnerabili. In questa prospettiva, la Corte di legittimità richiama la Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

Tale direttiva ha avuto il merito di definire per la prima volta la posizione di vulnerabilità, che, ai sensi dell’art. 2, § 2, è definita come «la situazione in cui la persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all’abuso di cui è vittima»²⁰. La vulnerabilità fa quindi riferimento a una condizione psicologica, di insicurezza e disagio, in cui si viene a trovare la vittima e della quale l’autore del reato ne approfitta. Più nello specifico, è una condizione determinata da potenti «fattori di spinta»²¹ quali, per citarne alcuni, discriminazione, povertà, disuguaglianza, mancanza di istruzione che contribuiscono a creare privazioni economiche e condizioni sociali che limitano le scelte individuali.

Nel caso de quo, il Collegio, ritiene integrati gli estremi di vulnerabilità ex art. 2, § 2, della direttiva europea, in virtù della posizione in cui riversa la ricorrente in quanto donna.

In particolare, i giudici richiamano le linee guida UNHCR²² relative alla protezione internazionale, in cui si considera il “sesso” una delle condizioni

¹⁹ Cass. civ., sez. I, sentenza del 12 gennaio 2022, n. 676; cfr. F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit.; EASO, Guida sull’appartenenza a un determinato gruppo sociale, 2020.

²⁰ Cfr. art. 2, § 2 della Direttiva 2011/36/UE.

²¹ H. BOX, *Human Trafficking and Minorities: Vulnerability Compounded by Discrimination*, *Human Rights & Human Welfare*, 11/2011.

²² UNODC, *Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons*, Issue Paper, UNODC, New York, 2014, p 13 ss.

che integra i presupposti dell'«Appartenenza ad un determinato gruppo sociale», rilevante ai sensi dell'art. 1A della Convenzione del 1951 e del relativo Protocollo del 1967 sullo status dei rifugiati.

In questa prospettiva, il genere sessuale determina l'appartenenza a un particolare gruppo sociale, esposto a rischio di persecuzione, con la specificazione che «le donne costituiscono un esempio di un sottoinsieme sociale di individui che sono definiti da caratteristiche innate e immutabili e sono spesso trattate in modo diverso rispetto agli uomini. In questo senso esse possono essere considerate un particolare gruppo sociale»²³.

In altri termini, si precisa che seppure si debba tenere conto delle specifiche peculiarità che ogni caso ha, il fenomeno della tratta, nel senso che qui rileva, si fonda sull'approfittamento di una particolare condizione di debolezza in cui si trovano le donne, specie ove siano giovani, prive di validi legami familiari e provenienti da zone povere.

5. *Il dovere di cooperazione del giudice*

In ultimo, la Cassazione rileva che, nell'analisi sulla sussistenza dei presupposti richiesti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, non può semplicemente assumersi la non sufficiente gravità delle persecuzioni subite. Il giudice, nella sua valutazione, non deve arrestare il proprio giudizio deducendo l'impossibilità di decidere, oppure che i fatti allegati non richiedano un approfondimento istruttorio ufficioso. Infatti, grava sullo stesso un dovere di cooperazione istruttorio, espressione del più generale principio dello *iura novit curia*, per cui nel giudizio di plausibilità e verosimiglianza, egli non deve limitarsi a mere considerazioni fondate sulla non credibilità della stessa. Il combinato disposto degli artt. 3 e 8 del D.lgs. n. 251/2007 richiede, infatti, un controllo di credibilità estrinseca, fondato sull'assunzione di informazioni appropriate, pertinenti e aggiornate sul fenomeno della tratta, dell'incidenza di quest'ultimo sul paese di origine e di transito, nonché sulla condizione fisica e psicologica del richiedente²⁴. Non è la credibilità in sé della vittima di tratta a dover essere accertata, quanto la coerenza del suo racconto, dovendo, tuttavia, tener anche conto che la stessa potrebbe non essersi del tutto affrancata

²³ *Linee guida di protezione internazionale: appartenenza a un particolare gruppo sociale nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiati.*

²⁴ *Cfr.* Cass. Civ. Sez. I, 20.09.2022, n. 27456; Cass. Civ. Sez. lav., 21.09.2022, n. 27690; Cass. Civ. Sez. lav., 19.10.2022, n. 30830.

dalla soggezione del suo persecutore e che, per questo, possa essere esitante e restia nella narrazione dei fatti.

In altri termini, la non credibilità assumerebbe la veste di indice sintomatico di tratta e quindi di un segnale che la vittima potrebbe non essersi ancora liberata dalla soggezione fisica o psicologica dei suoi persecutori e pertanto raccontare i fatti in modo approssimativo, essere restia ad auto qualificarsi come vittime e ad intraprendere un percorso di affrancamento²⁵. In questo senso, i giudici di legittimità, nella sentenza che qui si commenta, precisano che l'eventuale racconto poco credibile o, peggio, la mancata allegazione dei fatti, potrebbero essere ostativi all'immediata adozione di una misura di protezione internazionale. Nondimeno, il giudice non deve esimersi né da una valutazione più approfondita, mediante l'utilizzo di indici presuntivi (cd. indicatori di tratta), né dal porre in essere ulteriori e opportune misure, come, ad esempio, il cd. referral²⁶. Ciò si giustifica in virtù del fatto che dalla vicenda potrebbero emergere ulteriori indizi idonei a integrare gli estremi del rilascio del permesso di soggiorno sociale ex art. 18 T.U.I.²⁷. Sul punto, la giurisprudenza è, ormai, granitica.

La valutazione del giudice deve inoltre risolversi nella previsione che il rimpatrio possa determinare una «violazione del nucleo incompressibile dei diritti fondamentali propri dello straniero, che siano tali da vulnerare la sua dignità»²⁸.

Per converso, il richiedente ha solo l'onere di allegare i fatti che le sono accaduti in modo completo e circostanziato, non assumendo rilevanza lo specifico nomen juris della protezione che viene invocata²⁹.

6. Conclusioni

La soluzione fatta propria dalla Cassazione attesta il definitivo consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, concentrava la pro-

²⁵ Cfr. Cass. Civ. sez. III, 30.10.2020, n. 24010; Trib. Firenze, 4.08.2022.

²⁶ F. NICODEMI, *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/ 2017.

²⁷ Cfr. Trib. Firenze, 4.08.2022; Cass. Civ., Sez. I, 12.01.2022, n. 676; Cass. Civ. Sez. lav., 19/10/2022, n. 30830.

²⁸ G. TRAVAGLINO, *La protezione umanitaria tra passato e futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2022, p. 118; cfr. Cass. Civ. Sez. VI, 09.08.2021, n. 22511; Cass. Civ. sez. III, 12.05. 2020, n. 8819.

²⁹ Cfr. Cass. Civ. sez. III, 30.10.2020, n. 24010; Cass. Civ., Sez. I, 12.01.2022, n. 676.

pria attenzione sulla posizione di vulnerabilità³⁰, nonché sulla sussistenza di un vero e proprio potere/dovere del giudice in fase di accertamento. In questa prospettiva, infatti, il giudice ha il dovere di applicare la norma che, in maniera più efficace, «assicura la più intensa tutela dei diritti»³¹. In particolare, si tratta di una tutela che deve essere apprestata non soltanto ai fini della prevenzione del reato, ma anche e soprattutto a evitare ulteriori forme di vittimizzazione (ad es., il c.d. re-trafficking).

In conclusione, si può quindi constatare che gli strumenti giuridici a disposizione per la protezione delle vittime di tratta si presentano adeguati e funzionali per apprestare alle molteplici esigenze di tutela che si sono progressivamente sviluppate nel tempo la giusta garanzia. Trattasi, infatti, di forme di protezione che si caratterizzano per essere diverse e a maglie larghe e in quanto tali adattabili a molteplici situazioni.

³⁰ Cfr. Cass. Penale, sez. I, 19/01/2021, n. 19737; Cass. Civ. sez. II, 27/01/2021, n. 1750.

³¹ A. RUGGERI, *Crisi dello Stato Nazionale, dialogo giurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello Stato Nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, pp. 16 ss.

LA FINE DEL *DÉLIT DE SOLIDARITÉ*?
IL TRIBUNALE DI BOLOGNA RIMETTE ALLA CORTE
DI GIUSTIZIA UNA QUESTIONE PREGIUDIZIALE
SULLA CRIMINALIZZAZIONE DEL FAVOREGGIAMENTO
DELL'INGRESSO IRREGOLARE DI STRANIERI

Marilù Porchia*

SOMMARIO: 1. I fatti di causa e la modifica dell'imputazione. – 2. Quadro normativo e ragioni a fondamento del rinvio pregiudiziale. – 3. Commento.

1. *I fatti di causa e la modifica dell'imputazione*

Il caso vede imputata una donna congolese, giunta all'aeroporto di Bologna assieme a due minori. Al varco di frontiera la donna ha esibito documenti falsi per sé e le bambine, così compiendo atti diretti a procurare l'ingresso illegale delle due minori sul territorio italiano. È stata dunque immediatamente arrestata con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, aggravato dall'utilizzo di un servizio di trasporto internazionale e di documenti contraffatti, ai sensi art. 12, commi 1 e 3 lett. d) del T.U.I.

Dall'ordinanza di rinvio¹, si apprende che l'imputata ha dichiarato di essere fuggita dalla Repubblica Democratica del Congo per sottrarsi alle minacce di morte rivolte a lei e alla sua famiglia dall'ex compagno, in seguito all'interruzione della loro relazione. Ha dichiarato altresì che le minori che viaggiavano con lei erano, rispettivamente, la figlia e la nipote, che avrebbe portato con sé temendo per la loro incolumità. L'imputata ha tempestivamente presentato richiesta di protezione internazionale per sé e le bambine, il cui legame di parentela è stato successivamente accertato.

Con ordinanza del 1° dicembre 2020², il Tribunale di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle aggravanti *ex art. 12 co. 3 lett. d) del T.U.I.*³, accolta dalla Corte con sentenza n. 63 del 10 marzo 2022⁴.

* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, Università di Ferrara.

¹ Tribunale ordinario di Bologna, sez. I penale, ordinanza di rinvio pregiudiziale 17 luglio 2023, N.R.G. 10034/2019.

² Tribunale di Bologna, ordinanza del 1° dicembre 2020, n. 92.

³ Per un commento si veda S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema Penale*, 7 dicembre 2020.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 63 del 10 marzo 2022. Per un commento, si veda S. ZIRULIA,

Il venir meno della norma ha comportato la modifica dell'imputazione nella fattispecie base di cui all'art. 12, co. 1, T.U.I., in concorso con il delitto di possesso di documenti falsi di cui all'art. 497-*bis* del c.p. Accertata l'assenza dello scopo di lucro nella condotta dell'imputata, il Tribunale di Bologna ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art.* 267 del T.F.U.E., tanto sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 52, par. 1 della Carta in relazione all'art. 12, co. 1, T.U.I., quanto sotto il profilo della validità della normativa dettata dalla direttiva 2002/90/CE e dalla Decisione Quadro 2002/946/GAI (congiuntamente, "*Facilitators Package*"). Ad avviso del giudice remittente, invero, l'attuale quadro normativo «determina il *non necessario sacrificio* di diritti fondamentali di rango particolarmente elevato a fronte della tutela di un interesse avente carattere strumentale quale il controllo dei flussi migratori», incompatibile con quanto sancito dall'art. 67 T.F.U.E., che, dettando i principi generali relativi alle materie del Titolo V, prescrive che «[l]'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali».

2. *Quadro normativo e ragioni a fondamento del rinvio pregiudiziale*

L'ordinanza di rimessione dà atto, in premessa, che il Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria⁵ introduce l'obbligo di incriminazione dello "*smuggling of migrants*", definito al suo art. 3(a) nel «procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente».

In ottemperanza di tale obbligo, nel 2002 l'UE ha adottato il *Facilitators Package*. L'art. 1 par. 1 della Decisione Quadro 2002/946/GAI prevede «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive» nei confronti di chi, ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2002/90/CE, intenzionalmente aiuti una persona che

La Corte Costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche, in *Sistema Penale*, 23 marzo 2022 e C. SICCARDI, *L'incostituzionalità parziale dell'art. 12 lett. d) del Testo unico sull'immigrazione: profili sostanziali e processuali*, in *Adim Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2022.

⁵ Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, Palermo, 2000.

non sia cittadino di uno Stato membro a entrare o a transitare in uno Stato Membro (co. 1, lett. a) o intenzionalmente *e a scopo di lucro* lo aiuti a soggiornarvi (co. 1, lett. b) in violazione delle leggi nazionali. La norma è mitigata dal co. 2, che permette agli Stati Membri di non sanzionare l'aiuto all'ingresso e al transito privo di scopo di lucro (co. 1, lett. a) «applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

Rileva l'ordinanza che l'art. 12, co. 1, T.U.I., nel sanzionare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, non prevede lo scopo di lucro ed esclude dalla fattispecie penale soltanto «le attività di soccorso e assistenza umanitaria *prestate in Italia* nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno *comunque presenti* nel territorio dello Stato». Ne consegue che «il requisito della previa presenza del soggetto favorito sul territorio dello Stato risulta incompatibile, per definizione, con le caratteristiche della condotta di favoreggiamento dell'ingresso sul territorio italiano».

In assenza di dolo specifico del lucro, la fattispecie può inoltre conformarsi come illecito di individui che agiscono per motivazioni «anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati»⁶, con la conseguenza, conclude il giudice, di assoggettare alla sanzione penale «anche la condotta di chi abbia favorito l'ingresso dello straniero irregolare per scopi di assistenza umanitaria, e anche qualora lo straniero si trovi in condizioni di bisogno».

Ne risulta che, nonostante le condotte poste in essere dall'imputata appaiano suscettibili di essere qualificate come dirette a finalità di assistenza umanitaria delle due minori – nella forma di tutela del loro diritto alla vita, minacciato nel Paese d'origine; del diritto d'asilo, essendo la richiesta di protezione formulata anche nei loro confronti; del diritto alla vita familiare, dato il vincolo familiare esistente – non potrebbe comunque escludersi la responsabilità penale dell'imputata.

Ciò risulta conforme al quadro normativo del *Facilitators Package*, il quale non prevede quale elemento costitutivo dell'illecito lo scopo di lucro e, tantomeno, requisiti di tipicità della condotta illecita, riconoscendo la *mera facoltà* di scriminare il favoreggiamento dell'ingresso irregolare allo scopo di fornire assistenza umanitaria.

⁶ Corte costituzionale, Sentenza del 16 dicembre 2011, n. 331. Per un commento si veda G. LEO, *Corte Cost.*, 16 dicembre 2011, n. 331, pres. Quaranta, rel. Frigo (*illegittima la prescrizione "obbligatoria" della custodia in carcere anche per il favoreggiamento dell'immigrazione illegale*), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2011.

Posto che la previsione di fattispecie penali incide tanto sul diritto alla libertà personale dell'autore dell'illecito, tutelato all'art. 6 della Carta, che sui diritti dei migranti coinvolti, ritiene il Giudice di dover operare il test di proporzionalità delle norme limitatrici di diritti fondamentali previsto dall'art. 52 co. 1 della Carta, sulla base «(i) della legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore; (ii) dell'idoneità della disciplina a raggiungere l'obiettivo prefissato; (iii) della necessità della compressione dei diritti fondamentali, intesa come adozione della misura meno afflittiva a parità di efficacia; (iv) della proporzionalità, ovvero al ragionevole bilanciamento fra i contrapposti interessi».

L'obiettivo perseguito dal legislatore è duplice, tanto a livello europeo che nazionale: il contrasto al fenomeno del traffico di migranti nei termini del Protocollo Addizionale, ovvero allo sfruttamento della condizione dei migranti irregolari di cui si mette a repentaglio l'incolumità a fini di lucro; e il contrasto all'immigrazione irregolare, al fine di garantire l'ordinato controllo dei flussi migratori.

Reputa il giudice che, se da una parte è pacifica l'astratta idoneità della fattispecie a perseguire gli obiettivi di controllo dei flussi migratori, dall'altra «la criminalizzazione di condotte di favoreggiamento all'ingresso per fini di assistenza umanitaria non appare funzionale al perseguimento degli obiettivi legislativi di contrasto al traffico di migranti, né sotto il profilo dell'idoneità, né sotto il profilo della necessità della fattispecie incriminatrice».

L'ordinanza specifica, invero, come vi sia una «strutturale eterogeneità» fra le condotte oggetto del giudizio e quelle di "*smuggling of migrants*": mentre le une sono sorrette da scopi solidaristici, le altre perseguono fini di illecito arricchimento. Ciò induce a dubitare che la norma penale di cui all'art. 12, co. 1, T.U.I., seppur conforme alla disciplina del *Facilitators Package*, «soddisfi i criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta sotto i profili della necessità e della proporzionalità, ovvero del ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti».

Spetterà dunque alla Corte valutare se il principio di proporzionalità ex art. 52, par. 1, letto congiuntamente agli artt. 2 e 3, 6 e 17 e 7 della Carta, osta alle previsioni del *Facilitators Package* nella parte in cui impongono agli Stati Membri di prevedere sanzioni penali a carico di chiunque favorisca o compia atti diretti a favorire l'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche senza scopo di lucro, senza prevedere l'obbligo di escludere la rilevanza penale di condotte finalizzate a prestare assistenza umanitaria; e osti alle previsioni di cui all'art. 12 T.U.I., nella parte in cui sanziona la condotta di chi compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale di uno straniero nel territorio

dello Stato senza scopo di lucro, senza escludere la rilevanza penale di condotte finalizzate a prestare assistenza umanitaria.

3. *Commento*

Il rinvio pregiudiziale operato dal Giudice bolognese è potenzialmente foriero di un radicale mutamento delle politiche degli Stati membri, che fino ad ora hanno fatto ampio uso della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare come deterrente all'assistenza umanitaria, arrivando a configurare il ribattezzato *délit de solidarité*, che trova origine proprio nel *Facilitators Package*⁷.

Invero, mentre nel Protocollo addizionale il riferimento al beneficio finanziario o materiale per l'autore del reato mira a escludere dalla punizione i membri della famiglia⁸ o altri gruppi di sostegno come le organizzazioni religiose o non governative (ONG)⁹, la normativa UE elide dagli elementi costitutivi del favoreggiamento dell'ingresso irregolare la finalità di conseguire un profitto dall'attività illecita¹⁰.

Il risultato è che solo in Germania, Irlanda, Lussemburgo e Portogallo¹¹ la legge prevede espressamente che il favoreggiamento all'ingresso sia punibile solo se a scopo di lucro, e il diritto interno di soli otto Stati membri dell'UE¹² esclude espressamente la punibilità di atti compiuti per facilitare l'ingresso a fini umanitari. È lo stesso giudice remittente a fare riferimento ad alcuni di questi, segnatamente la Finlandia, il Belgio, e la Spagna, utilizzando la pro-

⁷ C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2019; J. ALLSOPP, *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017; M. DU JARDIN, *Solidarité en Europe: état de l'art sur la criminalisation de l'aide aux personnes en situation irrégulière*, in *Déviance et Société*, n. 4/2022; VOSYLIUTE E CONTE, *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, Resuma Final Report, June 2019.

⁸ Si veda anche Corte Edu, sentenza del 10 novembre 2012, *Mallah c. France*, ric. n. 29681/08.

⁹ UNGA, *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions*, A/55/383/Add.1, par. 92.

¹⁰ J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018; V. MITSILEGAS, *The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law*, in *Sage Journals*, n. 10/2019.

¹¹ FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Publications Office, 2014.

¹² *Ibidem*.

spettiva comparatistica per confermare come la criminalizzazione del favoreggiamento all'ingresso per scopi di assistenza umanitaria costituisca una misura *non necessaria* al perseguimento degli obiettivi di gestione efficace dei flussi migratori. Invero, ritiene il giudice di rinvio «se il legislatore avesse ritenuto il contrario, non avrebbe logicamente ammesso la possibilità dell'eccezione», concludendo che «se la previsione della scriminate dell'assistenza umanitaria è compatibile con gli obiettivi di controllo dei flussi migratori che il legislatore europeo si prefigge, e se la tutela dei diritti fondamentali sottesi alla scriminate, è meritevole, la soluzione normativa adottata dal legislatore europeo appare violare i canoni della ragionevolezza intrinseca».

Infine, sebbene nell'ordinanza di rinvio il giudice remittente specifichi «di non avere la pretesa di voler identificare il perimetro esterno della più ampia nozione di “assistenza umanitaria” di cui all'art. 1 par. 2 della direttiva 2002/90/CE», è chiaro che tale nozione debba, necessariamente, ricomprendere i summenzionati diritti fondamentali. Ciò sarebbe coerente con l'art. 6 della stessa Decisione Quadro 2002/946/GAI, il quale prevede che l'applicazione della Decisione «non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della [convenzione relativa allo status dei rifugiati]».

Guardando, al di là del caso specifico, all'applicazione dell'art. 12 del T.U.I., a cui tanto il fine di lucro quanto la scriminate dell'assistenza umanitaria rimangono estranei, si può constatare quanto esso agevolmente si presti a raggiungere obiettivi che vanno ben oltre la gestione efficace dei flussi migratori¹³. Ne è prova la casistica sui soccorsi in mare – più di 15 distinti procedimenti legali contro operatori di ONG umanitarie¹⁴ sono stati avviati a causa delle loro attività di soccorso¹⁵ – tra i più noti il caso Iuventa¹⁶, Open Arms¹⁷, e

¹³ Per una ricostruzione esaustiva, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2020, citato dalla stessa ordinanza.

¹⁴ FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Legal proceedings by EU Member States against private entities involved in SAR operations in the Mediterranean Sea* (15 December 2020).

¹⁵ Per una panoramica S. ZIRULIA, “*Friends, not foes*”: *qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SIDI Blog*, luglio 2019.

¹⁶ R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione Giustizia*, settembre 2017.

¹⁷ M. PATERNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in

Sea Watch 3¹⁸. Vi è il caso Riace¹⁹ e la casistica della criminalizzazione dell'attivismo civile: il caso di Costa, presidente di Baobab Experience, indagato e poi assolto²⁰ per aver aiutato degli stranieri a comprare i biglietti del treno per arrivare a Ventimiglia; quello di Fornasir e Franchi, fondatori dell'associazione Linea d'ombra, che fornisce vestiti, cibo, acqua e medicazioni a chi arriva dalla rotta balcanica, indagati e poi assolti²¹. Vi è, ancora, il processo Agais, in cui quattro rifugiati eritrei sono stati imputati di favoreggiamento e poi assolti per aver aiutato alcuni loro connazionali appena giunti sul territorio italiano via mare²².

La casistica, non esaustiva, offre tuttavia un quadro delle attività umanitarie che l'attuale normativa italiana espone al cosiddetto "chilling effect", dottrina elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e già applicata dalla CGUE in materia di assistenza ai richiedenti asilo, come ricordato dalla stessa ordinanza di rimessione attraverso il riferimento alla causa C-821/19 Commissione c. Ungheria²³. L'espressione, spiega Zirulia, «richiama un effetto di deterrenza, segnatamente quello che la sanzione penale, ed ancora prima il rischio di subire un procedimento penale possono in taluni casi spiegare rispetto allo svolgimento di attività socialmente utili»²⁴. Come risultato, il diritto alla vita e all'integrità fisica risultano minacciati dalla progressiva contrazione delle

Questione Giustizia, aprile 2018; S. PERELLI, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*, in *Questione Giustizia*, marzo 2018.

¹⁸ Si vedano, *ex multis*, S. ZIRULIA, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, in *Sistema Penale*, marzo 2022 e L. GRADONI e L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *SIDI Blog*, luglio 2019.

¹⁹ Si veda, *ex multis*, M. R. DONNARUMMA, «Le délit de solidarité». *Un caso italiano*, in *Diritto Penale e Uomo*, n. 1/2021.

²⁰ Domani Editoriale, *Baobab, assolto il presidente Costa dall'accusa di favoreggiamento all'immigrazione*, 03 maggio 2022, consultabile su <https://www.editorialedomani.it/fatti/baobab-presidente-assolto-costa-fatto-non-sussiste-qbdhdgn3>.

²¹ Trieste Prima, *La solidarietà non è un reato: archiviate le accuse contro Gian Andrea e Lorena di Linea d'Ombra*, 24 novembre 2021, consultabile su <https://www.triesteprema.it/cronaca/archivate-accuse-volontari-linea-d-ombra.html>.

²² C. CAPROFIGLIO, *Il fatto non sussiste: brevi note sulla sentenza di Cassazione nel processo Agaisb in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Questione Giustizia*, Febbraio 2023.

²³ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione europea c. Ungheria*, C-821/19, EU:C:2021:930. Si veda A. R. SALERNO, *Diritto di asilo e criminalizzazione dell'assistenza ai migranti in Ungheria*, in *Adim Blog*, febbraio 2022.

²⁴ S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2020, cit. p. 167.

attività di soccorso; il diritto di richiedere asilo depotenziato dalla repressione delle attività di assistenza ai rifugiati; e il diritto alla vita privata e familiare lesa dalla criminalizzazione dei parenti che agiscono con il solo obiettivo del ricongiungimento con i propri cari²⁵.

La Corte di giustizia, chiamata per la prima volta a pronunciarsi sulla validità degli obblighi di incriminazione del *Facilitators Package*, ha la possibilità di superare questo stallo, da un lato imponendo una clausola di assistenza umanitaria nelle legislazioni degli Stati membri, dall'altro estendendo il dolo specifico di lucro anche alla fattispecie base di favoreggiamento degli ingressi irregolari, così da uniformare le definizioni del *Facilitators Package* a quelle del Protocollo addizionale.

²⁵ Per approfondire, si veda S. ZIRULIA, *Is that a Smuggler?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.C. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Oxford, 2021 e S. CARRERA, V. MITSILEGAS, J. ALLSOPP, L. VOSYLUTE, *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Oxford, 2019.

IL RIFIUTO DI (RE)INGRESSO IN FRONTIERA DEI SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO IN ITALIA

Francesca Tassinari*

SOMMARIO: 1. I fatti di causa: contro la decisione della questura di Torino. – 1.1. La decisione del Tribunale Ordinario di Roma sulla non necessarietà del visto di reingresso. – 2. Il quadro normativo di riferimento: la nuova disciplina del permesso di soggiorno permanente nell’ordinamento italiano. – 2.1. Sull’esigibilità del visto di reingresso e il diritto alla vita familiare nel contesto del permesso di soggiorno di lungo periodo.

1. *I fatti di causa: contro la decisione della questura di Torino*

Il Tribunale Ordinario di Roma, nell’ordinanza n. 12859¹, ha esaminato il caso di un cittadino nigeriano nato a Torino, i cui genitori erano immigrati in Italia nel 1991. Il 22 ottobre 2012, il padre e la madre avevano ottenuto un permesso di soggiorno di lungo periodo². Il giudice osserva che sia il ricorrente, che i suoi fratelli, avevano ottenuto la stessa autorizzazione, ma non specifica in che modo il ricorrente soddisfacesse i requisiti di permanenza regolare quinquennale, come sarebbe stato auspicabile³.

La famiglia, compreso il ricorrente, si trasferivano in Nigeria nel 2014 per seguire il padre, che era affetto da depressione. La madre e i fratelli facevano ritorno in Italia nel 2020; il ricorrente, invece, si presentava all’aeroporto di Lagos l’anno successivo. Qui gli fu impedito di rientrare poiché il soggiorno di

* Ricercatrice borsista presso il Dipartimento di Diritto Pubblico - Università dei Paesi Baschi (UPV/EHU), francesca.tassinari@ehu.eus. Questo contributo fa parte della sovvenzione JDC2022-048217-I, finanziata dal MCIN/AEI/10.13039/501100011033 e dall’Unione Europea “NextGenerationEU”/PRTR, e del *Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias* (GI CISJANT, rif. IT1541-22) finanziato dal *Departamento de Educación del Gobierno Vasco*.

¹ Trib. Roma, ordinanza del 21 luglio 2023, n. 12859.

² ASGI, *Permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo*, 2012, e F. DI NOLA, *Stranieri e Reddito di Cittadinanza: per la Consulta è ragionevole il requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, marzo 2022.

³ Cfr. la risposta della Questura di Firenze sul permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo in favore ai figli minori disponibile al link <https://www.integrazionemigranti.gov.it/AnteprimaPDF.aspx?id=1285>.

lungo periodo era ritenuto “troppo risalente”. Il ricorrente si rivolgeva quindi al Consolato italiano competente per ottenere un visto di reingresso, ma la domanda era respinta sulla base di un parere negativo della Questura di Torino. Nel 2023, il ricorrente faceva un nuovo tentativo di richiesta di visto, che veniva nuovamente respinto⁴.

Il ricorrente impugnava l’annullamento del provvedimento di rigetto e il rifiuto di rilasciare il visto, sostenendo che l’azione dell’amministrazione pubblica era illegittima in quanto basata esclusivamente sul parere della Questura. Inoltre, lamentò una violazione del diritto all’unità familiare per essere stato trattenuto ingiustamente in Nigeria.

1.1. *La decisione del Tribunale Ordinario di Roma sulla non necessità del visto di reingresso*

Il Tribunale Ordinario di Roma ha accolto il ricorso sottolineando, innanzitutto, che il parere negativo della Questura non costituisce motivo sufficiente per giustificare il rifiuto di un visto di reingresso⁵. Successivamente, il giudice ha osservato che il ricorrente era detentore di un permesso di soggiorno UE di lungo periodo valido per l’intera durata della sua permanenza in Nigeria. Questo permesso era stato originariamente rilasciato, non già al ricorrente, ma ai suoi genitori nel 2012 per un periodo indeterminato ex art. 9, c. 2, d.lgs. n. 286/1998⁶. In base a tale disposizione – applicabile al caso in esame poiché l’art. 15 della l. n. 238/2021⁷ riguarda solo i nuovi rilasci o i permessi già rilasciati al momento del primo rinnovo decennale – il permesso di soggiorno di lungo periodo del ricorrente doveva essere aggiornato entro il 22 ottobre 2022.

Di conseguenza, il Tribunale Ordinario di Roma ha stabilito che il ricorrente poteva rientrare in Italia presentando il proprio documento d’identità e il permesso di soggiorno di lungo periodo, senza necessità di chiedere un visto di reingresso ai sensi dell’art. 8, c. 2, d.p.r. n. 394/1999⁸.

⁴ M. DI FILIPPO, *Contrasto dell’immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell’Unione europea*, in M.C. AMATO ET AL. (a cura di), *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, Torino, 2018, pp. 257-271.

⁵ TAR Lazio, sentenza del 5 febbraio 2009, n. 2085.

⁶ D.lgs. n. 286/1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, (GU n. 191 del 18-08-1998), TUI in avanti.

⁷ L. n. 238/2021, Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2019-2020, (GU n. 12 del 17-01-2022).

⁸ D.p.r. n. 394/1999, Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a

2. *Il quadro normativo di riferimento: la nuova disciplina del permesso di soggiorno permanente nell'ordinamento italiano*

L'art. 9 del TUI definisce la disciplina del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo conformemente alla direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003⁹. Secondo questa normativa, un individuo migrante che possiede un permesso di soggiorno valido da almeno cinque anni può richiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per sé e per determinati membri della famiglia¹⁰ che soddisfano certi requisiti. Tale permesso è valido per dieci anni e “rinnovabile automaticamente” alla sua scadenza.

Le cause di revoca del permesso di soggiorno di lungo periodo sono tassativamente elencate nel c. 7 dell'art. 9 TUI e includono: acquisizione fraudolenta, espulsione, mancanza o cessazione delle condizioni per il rilascio, assenza dal territorio dell'Unione per dodici mesi consecutivi, e assenza dal territorio dello Stato in cui risiede il soggiornante per un periodo superiore a sei anni.

Nel caso in cui il documento di soggiorno sia scaduto da non più di sessanta giorni, e sia stata avanzata una richiesta di rinnovo, l'art. 8, c. 3, del d.p.r. n. 394/1999 e l'art. 12 dell'allegato al d.i. n. 850/2011¹¹ stabiliscono che l'individuo debba munirsi di visto di reingresso «[...] rilasciato dalla rappresentanza diplomatica o consolare italiana nel Paese di provenienza, previa esibizione del documento scaduto». Le stesse condizioni si applicano per «[...] comprovati gravi motivi di salute dello straniero, dei suoi parenti di I° grado o del coniuge», estendendosi tale periodo a sei mesi.

La l. n. 238/2021, già menzionata in precedenza, ha introdotto una nuova disciplina relativa al permesso di soggiorno permanente nell'ordinamento italiano. Questa legge è entrata in vigore il 1° febbraio 2022, pochi mesi prima dalla data di scadenza del permesso di soggiorno del ricorrente. Da quel mo-

norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, (GU n. 258 del 03-11-1999 - Suppl. Ordinario n. 190).

⁹ Testo consolidato: Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, GU L 16, 23.1.2004, p. 44-53, e M. L. BASILIEN-GAINCHE, *Statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (Directive 2003/109/CE): Notion de permis de séjour formellement limité* in *Lettre Actualités Droits-Libertés*, 2012.

¹⁰ art. 29, c. 1, TUI.

¹¹ D.i. n. 850/2011, Regolamento concernente la disciplina dell'accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, a norma dell'articolo 4-bis, comma 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. (11G0221).

mento in poi, i permessi di soggiorno UE di lungo periodo, precedentemente denominati di “durata illimitata” e rilasciati da più di dieci anni, non sono più considerati validi. Di conseguenza, il permesso di soggiorno di lunga durata del ricorrente potrebbe essere considerato non più valido se fosse stato rilasciato prima del 1° febbraio 2012.

2.1. *Sull'esigibilità del visto di reingresso e il diritto alla vita familiare nel contesto del permesso di soggiorno di lungo periodo*

In conformità al ragionamento del Tribunale Ordinario di Roma, occorre escludere l'applicazione della disciplina del visto di reingresso ex art. 8, c. 3 del d.p.r. n. 394/1999. Innanzitutto, va sottolineato che il permesso di soggiorno di lungo periodo del ricorrente non era scaduto al momento del tentativo di rientro in Italia dalla Nigeria, essendo il suo “rinnovo” previsto per il 22 ottobre 2022 (non così, invece, nel caso della nuova richiesta avanzata nel 2023). Pertanto, il giudice evince che l'Ambasciata italiana a Lagos non aveva motivo di procedere alla verifica della perdurante sussistenza del «possesso dei requisiti previsti per il rinnovo del permesso di soggiorno» come previsto dall'art. 8, c. 3 *in fine*, del d.p.r. n. 394/1999. Tuttavia, è bene rammentare l'orientamento di altra giurisprudenza¹² che considera il permesso di soggiorno di lungo periodo quale titolo di soggiorno a tempo indeterminato. Anche nel caso di aggiornamento, quindi, le autorità italiane non avrebbero dovuto verificare il permanere delle condizioni che ne avevano consentito il rilascio¹³.

In secondo luogo, il giudice argomenta che l'opinione negativa della Questura di Torino sul rilascio del visto di reingresso, alla luce dell'art. 9, c. 7 lett. d) ed e), TUI, non è pertinente perché il permesso del ricorrente non era stato revocato. Il giudice ricorda anche che il superamento del limite temporale indicato dall'art. 9, c. 7 lett. d) ed e), TUI, non osta al reingresso nel territorio italiano, o alla permanenza sullo stesso. Dall'ordinanza si comprende, però, che la Questura di Torino avrebbe potuto revocare il permesso di soggiorno di lunga durata del ricorrente, essendo quest'ultimo stato assente dal territorio italiano per più di dodici mesi consecutivi, senza avervi fatto ritorno¹⁴. Anche

¹² Cfr. TAR Brescia, sentenza del 1° ottobre 2018, n. 585.

¹³ R. CHERCHI, *L'aggiornamento o rinnovo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo tra norme vigenti e cattive pratiche amministrative*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, maggio 2020.

¹⁴ CGUE, sentenza del 20 gennaio 2022, *Landeshauptmann von Wien*, C-432/20, EU:C:2022:39, e F. L. GATTA, *Politica dei visti e stato di diritto: il difficile equilibrio tra sovranità e garanzie procedurali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *European Papers*, n. 1/2021, pp. 599-619.

se così fosse, l'art. 9, c. 9, TUI prevede la possibilità di rilasciare un permesso diverso da quello di lungo periodo nei limiti in cui lo straniero non sarà allontanato dal territorio italiano. Non ci sembra opportuno invece il richiamo alla disciplina del reingresso, ex art. 8, c. 3, del TUI. Questa norma si riferisce al caso di documenti scaduti (di norma da non più di sessanta giorni) dei quali si è già chiesto il rinnovo. Fermo restando l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 9, c. 8, del TUI, ai fini dell'ingresso regolare nel territorio italiano, il ricorrente avrebbe dovuto ottenere un altro tipo di permesso previsto dal TUI, ad esempio, per ricongiungersi con i propri familiari¹⁵.

In terzo ed ultimo luogo, il Tribunale Ordinario di Roma prende in esame due ulteriori profili: la disparità di trattamento del ricorrente rispetto agli altri membri della famiglia¹⁶ e il diritto al rispetto della vita privata e dell'unità familiare¹⁷. Mentre sul primo punto il ragionamento apportato è molto succinto, limitandosi l'ordinanza a segnalare come l'anno precedente la famiglia del ricorrente fosse rientrata in Italia senza inconvenienti, sul secondo punto l'esposizione è più dettagliata. Si richiama anzitutto la sentenza n. 202 del 18 luglio 2013¹⁸, con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 5, c. 5, TUI, nella parte in cui prevedeva che la valutazione discrezionale sul rinnovo o rilascio del permesso di soggiorno si applicasse solo al migrante che esercita il diritto al ricongiungimento familiare o al familiare ricongiunto, e non anche a colui che avesse «legami familiari nel territorio dello Stato». Il giudice evidenzia poi che l'art. 5, c. 5, TUI stabilisce che «[...] nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto [...] si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale». Nonostante questa previsione si rivolga chiaramente agli stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, o siano essi stessi familiari ricongiunti, la *ratio* sarebbe estensibile anche al caso del migrante «che abbia legami familiari nel territorio dello Stato» per via analogica. Ovvero, nuclei familiari che hanno la stessa composizione prevista dalla disciplina del ricongiungimento, ma riuniti

¹⁵ Art. 29, c. 1, TUI.

¹⁶ Art. 14 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 novembre 1950 (CEDU).

¹⁷ Art. 8 CEDU.

¹⁸ Corte Costituzionale, sentenza del 24 luglio 2013, n. 202.

ab origine. Benché tale ragionamento sia apprezzabile, non si capisce perché, essendo il permesso di soggiorno di lunga durata del ricorrente valido (né scaduto, né revocato), l'amministrazione italiana avrebbe dovuto concedere un permesso di reingresso alla luce del diritto umano alla vita privata e unità familiare. La lesione di tale diritto, infatti, giustificherebbe il rilascio di un altro tipo di permesso¹⁹; ma al ricorrente era sufficiente esibire il passaporto o permesso di soggiorno valido ex art. 8, c. 2, del TUI, come ha fatto poi notare lo stesso giudice.

¹⁹ Art. 29 TUI.

LA BANALITÀ DELL'ESPULSIONE:
IL NUOVO COMITATO *AD HOC* SULL'IMMIGRAZIONE
ISTITUITO DALLA CORTE EDU

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Premessa: la Corte di Strasburgo e il (cronico) problema delle risorse. – 3. Il nuovo Comitato sull'immigrazione: efficienza in nome delle garanzie. – 4. Le espulsioni: una prassi ormai normalizzata di controllo migratorio. – 5. Considerazioni finali.

1. *Introduzione*

Con una comunicazione diffusa il 7 luglio 2023¹, la Corte Edu ha reso noto di aver costituito un Comitato giudicante *ad hoc* per i casi sull'immigrazione. Si tratta del primo organismo tematico di questo tipo ad essere istituito presso la Corte di Strasburgo. Vediamo, dunque, quali possono esserne le implicazioni.

2. *Premessa: la Corte di Strasburgo e il (cronico) problema delle risorse*

La giustizia costa. E la Corte di Strasburgo ha un problema cronico nella gestione del contenzioso: moltissimi ricorsi, pochissime risorse. Il suo budget per il 2023 ammonta a poco meno di 77 milioni di euro². Budget, peraltro, destinato a diminuire, considerata l'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa in seguito all'aggressione all'Ucraina³. Con una tale scarsità di risorse a disposizione, la Corte e la cancelleria (640 unità di personale, a fronte dei 2.254 dipendenti della Corte di giustizia dell'Ue) devono fare i conti con

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università della Tuscia.

¹ Disponibile al seguente link: <https://www.echr.coe.int/w/new-thematic-committee-for-immigration-related-cases>.

² Per avere un'idea, le risorse a disposizione della Corte di giustizia dell'Ue (487 milioni di euro) superano il budget del Consiglio d'Europa considerato nel suo complesso (479 milioni di euro per il 2023).

³ Ammonta a 34 milioni di euro il contributo per il 2022 della Federazione Russa all'organizzazione e, quindi, anche alla Corte Edu: v. <https://www.coe.int/en/web/portal/russian-federation#:~:text=The%20Council%20of%20Europe%27s%20budget,is%20€%2034%20343%20923>.

un carico di cause pendenti che, a giugno 2023, si attesta sui 76.750 ricorsi⁴ (rispetto alle poco più di 1.000 pendenti dinanzi alla Corte di giustizia e alle circa 1.550 pendenti dinanzi al Tribunale).

La drammatica mancanza di risorse non è una novità, ma un problema in atto da anni. Lo ha ribadito la Presidentessa della Corte, l'irlandese Síofra O'Leary, nel suo discorso reso in apertura dell'anno giudiziario 2023 (sottolineando “*the need for greater awareness by the authorities of the lack of resources available to the Court... [which] must imperatively be translated into the provision of appropriate material resources and more sustainable funding*”)⁵. Anche i capi di Stato e governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa ne hanno preso atto, nella Dichiarazione adottata a margine del summit internazionale di Reykjavik del maggio 2023, riconoscendo che “*the Court's current resources are insufficient and unsustainable to adequately deal with the influx of new and pending applications*”⁶. Di fronte a questa situazione, la Corte ha da tempo avviato un percorso di riflessione volto a sviluppare soluzioni di gestione e smaltimento dell'enorme contenzioso pendente, specialmente tramite conferenze periodiche sul “futuro della Corte”, a partire da quella di Interlaken del 2010⁷.

Il nuovo Comitato tematico sull'immigrazione costituito nel 2023 va collocato in questo contesto di alleggerimento e *spending review*. È un dato di fatto che, a partire dal 2010, i ricorsi in materia d'immigrazione sono in costante aumento e che, soprattutto nel periodo post-crisi migratoria 2015, abbiano registrato un'impennata, con sempre più fascicoli arrivati ad affollare le scrivanie dei giudici di Strasburgo. Questa crescita esponenziale del contenzioso in materia di migrazione non è ben vista dagli Stati, insofferenti verso l'ingerenza di una corte *internazionale* negli affari dei propri ministeri dell'*interno*. Basti richiamare l'emblematica affermazione contenuta nella bozza della Dichiarazione di Copenaghen del 2018, elaborata nell'ambito dell'ultima conferenza sul “futuro della Corte”, dove si legge che “*when examining cases related to*

⁴ Cfr. i dati disponibili al seguente link: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats_pending_month_2023_bil.

⁵ Disponibile qui: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20230127_OLeary_JY_ENG.

⁶ Council of Europe, *Reykjavik Declaration – United around our values*, 16-17 maggio 2023. La Dichiarazione è disponibile qui: <https://rm.coe.int/4th-summit-of-heads-of-state-and-government-of-the-council-of-europe/1680ab40c1>.

⁷ *Interlaken Declaration of 19 February 2010 of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, disponibile qui https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_interlaken_finaldeclaration_eng; Per una panoramica del processo di riforma, si v. qui: <https://www.echr.coe.int/reform-of-the-court>.

*asylum and immigration, the Court should... avoid intervening except in the most exceptional circumstances*⁸. La frase è stata espunta dalla versione definitiva della Dichiarazione, ma rimane indicativa dell'atteggiamento dei governi, veicolando un chiaro messaggio a Strasburgo: non intromettersi nelle politiche migratorie domestiche.

La Corte, sotto pressione, ha mostrato d'intendere le sollecitazioni e le preoccupazioni securitarie dei governi, inaugurando una spirale di sentenze di orientamento restrittivo e optando per un avvallamento di pratiche statali di deterrenza e contenimento, a discapito della tutela di diritti di migranti e richiedenti asilo⁹.

Questa giurisprudenza regressiva, che la Corte stessa considera “consolidata”, rappresenta il *toolbox* di riferimento con cui il nuovo Comitato *ad hoc* sull'immigrazione è chiamato ad operare, in un'ottica di filtraggio e smaltimento del contezioso “ripetitivo”.

3. *Il nuovo Comitato sull'immigrazione: efficienza in nome delle garanzie*

Il nuovo Comitato tematico sull'immigrazione è stato istituito in base agli artt. 26(1) e 28 della CEDU e 27 del regolamento di procedura della Corte

⁸ *Draft Copenhagen Declaration of 5 February 2018*, consultabile qui: https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf. Per un'analisi del documento, v. A. BUYSE, *The Draft Copenhagen Declaration – What About Civil Society?*, in *Strasbourg Observers*, March 01, 2018; A. FOLLESDAL, G. ULFSTEIN, *The Draft Copenhagen Declaration: Whose Responsibility and Dialogue?* in *EJIL:Talk!*, February 22, 2018; L.R. GLAS, *The Draft Copenhagen Declaration: 'New Ways' to Ensure a 'Strengthened Dialogue'?*, in *Strasbourg Observers*, February 26, 2018; M.R. MADSEN, J. CHRISTOFFERSEN, *The European Court of Human Right' View of the Draft Copenhagen Declaration*, in *EJIL:Talk!*, February 23, 2018.

⁹ Com'è evidente, tra l'altro, in materia di detenzione (su cui v. C. COSTELLO, *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, Volume 68, Issue 1, 2015, p. 143 ss.), ricongiungimento familiare (su cui v. S. SAROLEA, *Quelles vies privée et familiale pour l'étranger? Pour une protection non discriminatoire de ces vices par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Revue québécoise de droit international*, 13-1, 2020, pp. 247 ss. e C. COWAN, M.T. and Others vs. Sweden: *The Right to Family Reunification – Does Subsidiary Protection Status Lead To a Subsidiary Right To Family Life?*, in *Strasbourg Observers*, November 29, 2022), visti umanitari (su cui V. STOYANOVA, M.N. and Others v Belgium: *no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, in *EJIL:Talk!*, May 12, 2020 e T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement*, in *EU Migration Law Blog*, 26 May 2020) ed espulsioni collettive (v. F.L. GATTA, *Il divieto di espulsioni collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023).

(d'ora in poi: RPC). Quanto alla composizione, è formato da tre giudici, incaricati nella Sezione V della Corte (nella quale, tra gli altri, figurano i giudici di Spagna e Francia). La sua funzione consiste nella gestione, per conto di tutti gli Stati parte della CEDU, dei “*cases on immigration matters falling within the Court's well-established case-law*”. La casistica relativa alla “giurisprudenza consolidata” della Corte è individuata, più specificamente, in quella “*concerning expulsions, extraditions and related issues*”, con la precisazione che i ricorsi non rientranti in tali categorie continueranno ad essere esaminati e decisi dalla Corte in formazione giudicante di Camera (7 giudici).

Il compito del Comitato, in altre parole, è lo smaltimento di ricorsi ripetitivi in materia di espulsione di stranieri (nonché – ma certamente in minor numero – di estradizione). Nel far questo, il trio di giudici contribuirà altresì a consolidare il corpo giurisprudenziale in essere nella materia (dovendo garantire “*expertise and efficiency, to further ensure the consistency of case processing within the well-established case-law category*”).

La funzione di decongestionamento del contenzioso sulle espulsioni è confermata anche a livello procedurale: l'organismo tematico opera *ex art.* 28 CEDU, vale a dire, sulla falsariga dei Comitati “generali” (la più semplice formazione giudicante collegiale della Corte, introdotta dal Protocollo n. 14, in vigore nel 2010, proprio per smaltire i casi ripetitivi o “seriali”). Pertanto, una volta ricevuto un ricorso in materia di espulsione di stranieri classificato come “ripetitivo”, il Comitato sull'immigrazione, tramite una procedura snella e semplificata, potrà “liquidarlo”: a) dichiarandolo irricevibile o cancellandolo dal ruolo delle cause (art. 28(1)(a) CEDU); ovvero dichiararlo ricevibile e pronunciarsi congiuntamente nel merito (art. 28(1)(b) CEDU). Le implicazioni a livello di garanzie processuali del ricorrente non sono di poco conto, come emerge da un'analisi testuale delle regole di procedura della Corte¹⁰. Rilevano, in particolare i seguenti elementi di *deficit* di garanzia:

- i) per quanto riguarda la pubblicità della procedura, davanti al Comitato non è prevista la possibilità che le parti o altri soggetti portatori di un interesse qualificato possano accedere agli atti del fascicolo (cosa che vale solo per la Camera: art. 33 RPC). Analogamente, non è data la possibilità di celebrare un'udienza pubblica (art. 54(5) RPC), spazio di contraddittorio in cui, peraltro, eventualmente potrebbero intervenire terze parti;
- ii) la possibilità che il ricorrente possa ottenere il permesso di utilizzare la lingua ufficiale di uno Stato parte in luogo di una delle lingue ufficiali di

¹⁰ Per dettagli di procedura, v. D. CARDAMONE, *Assegnazione a formazioni giudiziarie nei procedimenti dinanzi alla Corte Edu*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019.

- lavoro della Corte (inglese o francese) non è prevista per il Comitato (ma solo per la Camera: art. 34 RPC);
- iii)* la procedura dinanzi al Comitato non prevede lo scambio delle osservazioni scritte tra le parti, perciò si svolge senza contraddittorio (art. 54 RCP, che lo prevede solo per la Camera);
- iv)* l'intervento in causa di terze parti *ex art.* 36 CEDU è previsto solo per i casi pendenti davanti alla Camera, non per il Comitato (art. 44 RP). Questo aspetto è particolarmente problematico se si considera la crescente partecipazione esterna nel contenzioso in materia d'immigrazione (Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, UNHCR e altri organismi dell'ONU, ONG, società civile, università e cliniche legali). L'intervento di terze parti risulta decisivo nel contro-bilanciamento della parità delle armi processuali, in cui il migrante troppo spesso soffre di un *deficit* strutturale nelle capacità di "litigare" la causa, soprattutto sul piano probatorio;
- v)* la presenza necessaria del giudice eletto per la Parte contraente interessata è prevista solo per la Camera (art. 26(1) RPC), nel Comitato, invece, può essere invitato a partecipare in luogo di uno dei tre membri a determinate condizioni;
- vi)* il Comitato delibera all'unanimità, pertanto non vi è spazio, in linea di principio, per l'allegazione di opinioni separate da parte dei giudici;
- vii)* le decisioni dei Comitati sono definitive (art. 28(2) CEDU), non vi è quindi spazio per un eventuale ulteriore passaggio in Grande Camera.

A questi problemi di trattazione dei ricorsi, si aggiungono perplessità circa il meccanismo di filtraggio che, in via preliminare, li seleziona e incardina nella procedura semplificata del Comitato *ad hoc*: chi individua i casi considerandoli "ripetitivi"? In base a quali criteri? Sul punto non si evincono indicazioni.

4. *Le espulsioni: una prassi ormai normalizzata di controllo migratorio*

L'istituzione del primo – e finora unico – Comitato giudicante tematico in materia d'immigrazione riflette un duplice dato di fatto. Da un lato, le espulsioni di migranti sono ormai realtà quotidiana nella gestione delle frontiere, al punto che i ricorsi portati a Strasburgo vengono considerati "ripetitivi" (vale a dire, recanti violazioni sistemiche o strutturali della CEDU, causate da norme o da prassi giudiziarie o amministrative). Dall'altro, poiché l'espulsione è routine, la giurisprudenza sul punto si è consolidata, potendo essere applicata con sicurezza per smaltire più agevolmente il contenzioso.

Del resto, ancor prima dell'istituzione del nuovo Comitato tematico, la Corte aveva già anticipato un tale approccio con riguardo alla casistica sulle espulsioni collettive. La recente giurisprudenza relativa alle frontiere polacche e ungheresi, infatti, è il prodotto di sentenze rese dalla Corte in formazione giudicante di Comitato¹¹. Si tratta di ricorsi che si inseriscono nel filone di respingimenti collettivi ed automatici, rispettivamente, verso la Bielorussia e la Serbia, in cui la Corte basa le decisioni su una precedente sentenza “pilota”¹² e identificativa di una prassi di espulsione sistematica alla frontiera (“*wider State policy of refusing entry to foreigners*”¹³). La Corte prende atto, insomma, che il *pushback* è fenomeno ordinario e lo assegna alla più semplice formazione giudicante collegiale di tre giudici, non più alla Camera di sette.

La normalizzazione delle espulsioni collettive, peraltro, è destinata a perdurare (se non ad aumentare) stante il fenomeno di “legalizzazione” che sta interessando tale condotta. In alcuni casi, infatti, il *pushback* è oggetto di una “controriforma” nel diritto interno: dapprima venendo eccezionalmente facoltizzato dai governi in nome dell'emergenza migratoria, per poi consolidarsi, di fatto, come forma ordinaria di gestione della frontiera. In alcuni contesti, peraltro, le prassi di espulsione collettiva sono state oggetto di passaggi legislativi parlamentari, volti a legittimare, anche democraticamente, tale misura. Il caso dei Paesi baltici è particolarmente allarmante in questo senso: di fronte agli attacchi ibridi condotti a partire dall'estate 2021 dalla Bielorussia¹⁴, i governi hanno dichiarato lo stato di emergenza, trasformando ampie porzioni di frontiera in zone ad amministrazione speciale e facoltizzando il ricorso a misure espulsive con rifiuto della registrazione delle domande di protezione internazionale. Lo stato d'emergenza è stato più volte prorogato e le misure eccezionali di contenimento sottoposte alla “sanatoria” dei parlamenti nazionali: il *pushback*, pertanto, è divenuto ammissibile (anzi, doveroso) per legge.

¹¹ V. Corte Edu, sentenza del 22 settembre 2022, *H.K. v. Hungary*, ric. n. 18531/17; sentenza 13 ottobre 2022, *T.Z. and Others v. Poland*, ric. n. 41764/17. Per un commento, v. F.L. GATTA, *cit.*

¹² V., nel caso dell'Ungheria, Corte Edu, sentenza dell'8 luglio 2021, *Shabzad c. Ungheria*, ric. n. 12625/17, e, nel caso della Polonia, Corte Edu, sentenza del 14 dicembre 2020, *M.K. and Others v. Poland*, ric. nn. 40503/17 e 43643/17.

¹³ Corte Edu, *M.K. and Others*, §208 ss.

¹⁴ Su cui v. S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, dicembre 2021; M. STARITA, “*Hybrid attack*”: un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorussa-polacca, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, dicembre 2021.

A nulla è valso il coro di voci critiche sollevatosi a livello internazionale, come da parte della Corte di giustizia dell'Ue¹⁵, della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatovi, fortemente critica verso Lituania¹⁶ e Lettonia¹⁷, ovvero di altri attori come Amnesty International¹⁸ o ECRE¹⁹. All'appello manca invece – ma non è una novità – la Commissione europea, che ha ommesso di aprire una procedura di infrazione nei confronti dei Paesi baltici, nonostante le diverse sollecitazioni ricevute²⁰.

5. Considerazioni finali

Il nuovo Comitato tematico sull'immigrazione rappresenta un *unicum* nel meccanismo di funzionamento della Corte. La scelta della sua istituzione, pertanto, è emblematica e indicativa delle problematiche legate al contenzioso portato a Strasburgo dai migranti. Riflette, inoltre, il dato di fatto della dilagante diffusione delle pratiche di *pushback* ed espulsione di stranieri alle frontiere europee, al punto da considerarli come episodi ormai ricorrenti e comuni.

L'inedito collegio giudicante avrà il compito di smaltire il contenzioso sulle espulsioni, applicando la giurisprudenza consolidata (ammesso che pronunce fortemente controverse in materia, in cui proliferano deroghe, eccezioni e contro-eccezioni, possano considerarsi “consolidate”²¹). L'arrivo sulla scena del Comitato sull'immigrazione, tuttavia, è accompagnato da una serie di perplessità: sia a monte, nella selezione e nel filtraggio dei ricorsi assegnati alla sua competenza; sia a valle, in termini di (scarse) garanzie processuali applicabili, che rischiano di penalizzare (ancor di più) il ricorrente rispetto allo Stato convenuto.

¹⁵ CGUE, sentenza del 30 giugno 2022, *M.A.*, C-72/22.

¹⁶ Commissioner for Human Rights, *Lithuania: human rights should be at the centre of the parliamentary debate on migration and asylum*, Statement, 24 aprile 2023.

¹⁷ Commissioner for Human Rights, *Latvia: Parliamentarians should uphold the human rights of refugees, asylum seekers and migrants*, Statement, 21 giugno 2023.

¹⁸ Amnesty International, *Lithuania: Pushbacks, illegal detention, deception and abuses against refugees and migrants*, 27 giugno 2022.

¹⁹ ECRE, *Extraordinary Responses: Legislative Changes in Lithuania*, 3 settembre 2021.

²⁰ V., da ultimo, la risposta fornita all'interrogazione parlamentare promossa da eurodeputati di vari schieramenti politici, disponibile qui: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2023-000557-ASW_EN.html

²¹ *Ex multis*, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15; Corte Edu, sentenza del 4 aprile 2022, *M.H. and Others v. Croatia*, ric. nn. 15670/18 e 43115/18; Corte Edu, sentenza del 5 luglio 2022, *A.A. and Others v. North Macedonia*, ric. n. 55798/16.

Non resta che auspicare che il nuovo Comitato operi secondo il monito lanciato dalla Presidentessa della Corte, O’Leary, nel discorso tenuto al Summit degli Stati parte del Consiglio d’Europa, svoltosi a Reykjavik nel maggio 2023, per cui “*It falls to the European Court, as a court of law, to act with legal rigour and efficiency*”²².

Per l’appunto: prima il rigore giuridico, poi l’efficienza e l’economia processuale. Non il contrario.

²² Disponibile qui: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20230517_Oleary_4_Summit_ENG.

Finito di stampare nel mese di settembre 2024
Presso la *Grafica Elettronica* (Na)