

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

ANNUARIO ADiM
2021

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Alessandro Bufalini
Giulia Del Turco
Francesco Luigi Gatta
Mario Savino
Michela Tuozzo
Flavio Valerio Virzì
Daniela Vitiello

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, nell'ambito del Progetto di eccellenza 2018-2022. 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.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2022
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-5976-324-2

INDICE

<i>Presentazione</i>	7
----------------------	---

PARTE I:

LA GOVERNANCE DELLE MIGRAZIONI

MARIO SAVINO, Tornare a Tampere? L'urgenza di un dibattito sui canali regolari di ingresso	13
CHIARA SCISSA, Diritti fondamentali: il "punto di non ritorno" della gestione dell'immigrazione in Italia	20
EMILIO DE CAPITANI, GIULIA DEL TURCO, Are the New EU Agencies in the Freedom Security and Justice Area Becoming the New Sorcerer's Apprentices?	27
SIMONE MARINAI, L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?	32
JEAN-PIERRE CASSARINO, An unsettling sense of déjà-vu: The May 2021 Ceuta events and their precedents	42
CHIARA PAGANO, Pensare la ricostruzione tra le macerie della sovranità libica: quale spazio per il "dossier migratorio"?	49
GIUSEPPE TERRANOVA, Immigrazione, globalizzazione e pandemia: scenari (im)possibili	59

PARTE II:

L'INTEGRAZIONE DEI MIGRANTI

IL LAVORO

WILLIAM CHIAROMONTE, La difficoltosa integrazione attraverso il lavoro in tempi di pandemia	67
MARIATERESA VELTRI, The New Blue Card Scheme: a second chance for Europe to attract foreign talents	76
FRANCESCO GARGALLO DI CASTEL LENTINI, Impiego di lavoratori stranieri e stato di bisogno: tra libertà di auto-determinazione e tacita accettazione dello sfruttamento	86

L'INCLUSIONE E I DIRITTI SOCIALI

ELIANA AUGUSTI, A proposito di inclusione. Tra nuove sfide e opportunità	93
LUCA GALLI, La spinta gentile all'integrazione: cosa c'è oltre il dovere di integrarsi e di integrare	98
ROBERTO CHERCHI, Discriminazioni dirette e discriminazioni indirette dello straniero nell'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica	108
MARIA TERESA AMBROSIO, L'accesso ai benefici sociali di natalità e di maternità per i cittadini stranieri titolari di permesso unico di lavoro	116
ELEONORA CELORIA, L'effettività dei diritti sociali dei minori stranieri: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo contro la Grecia	123
OLIMPIA GIULIANA LODDO, Migrazione, traduzione giuridica, <i>legal design</i> : canali non-verbali di comunicazione giuridica finalizzati all'integrazione	132

L'ACQUISTO DELLA CITTADINANZA

SERENA STACCA, "Ampliare il numero dei cittadini" o riconoscere la cittadinanza agli stranieri? Ovvero della fisionomia del potere di concessione della cittadinanza	139
PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, L'abnorme durata dei procedimenti di acquisto della cittadinanza: pluralità dei termini e diritto intertemporale	147
CECILIA CORSI, Un minore straniero non è mai illegalmente sul territorio dello Stato. Sui requisiti per l'acquisto della cittadinanza italiana ex art. 4, l. n. 91 del 1992	154
CLAUDIO DI MAIO, Investor (EU) citizenship: un vero punto di svolta nel caso maltese?	161

PARTE III:

LA GESTIONE DELLE FRONTIERE ESTERNE

I DIRITTI ALLA FRONTIERA

FRANCESCA TASSINARI, The Management of Migrants' Identities at the EU External Borders: <i>Quo vadis</i> Interoperability?	169
FRANCESCA TASSINARI, Privacy enhancing readmission: the clause on data protection in the EURAs	180
ELEONORA FRASCA, Efficacia dei diritti fondamentali nelle zone di frontiera:	

la Corte EDU ritorna sui respingimenti sommari nel caso <i>D.A. e altri c. Polonia</i>	191
AMINA MANEGGIA, Senso di umanità e diritto (internazionale) in una recente sentenza indiana sul “diritto” al <i>non-refoulement</i>	202

IL SOCCORSO IN MARE E IL TRAFFICO DI MIGRANTI

ANNA FAZZINI, Recenti sviluppi in materia di giurisdizione extraterritoriale a margine delle decisioni del Comitato ONU per i diritti umani, <i>A.S. e al. c. Malta e A.S. e al. c. Italia</i> : quale prospettiva per la Corte di Strasburgo?	210
ANGELO MARLETTA, Niente di nuovo sul fronte orientale? Qualche riflessione sulle Conclusioni dell’Avvocato Generale nel caso Commissione contro Ungheria (<i>Incrimination de l’aide aux demandeurs d’asile</i>) e la criminalizzazione della solidarietà	219
FRANCESCO MORESCO, More than a “credible suspicion”: the prosecution of trafficking victims challenges States’ operational duty to protect under art. 4 ECHR	228
ANDREA ROMANO, Il principio di non punibilità della vittima di tratta in una recente sentenza del <i>Tribunal Superior de Justicia</i> della Catalogna	236
STEFANO ZIRULIA, Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese	245
SALVATORE ORLANDO, L’assistenza umanitaria delle ONG sotto inchiesta	252

I TRATTENIMENTI E I RIMPATRI

LORENZO BERNARDINI, Che cos’è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi	260
LORENZO BERNARDINI, Cattiva fede delle autorità e onere della prova a carico del migrante: da Strasburgo una nuova decisione sulla detenzione amministrativa degli stranieri	272
CLAUDIO DI MAIO, La perdita del diritto di soggiorno per il cittadino europeo: la CGUE ritorna sul tema e chiarisce i suoi limiti	280
ANGELO MARLETTA, Le relazioni pericolose: la Corte di Giustizia ed il mantenimento del diritto di soggiorno dello straniero vittima di violenza domestica	287
ANGELO MARLETTA, Tra coloro che son sospesi: la Corte di Giustizia ed il rimpatrio dei minori stranieri non accompagnati	296
ANGELO MARLETTA, Dentro o fuori? La applicabilità della Direttiva rimpatri alle espulsioni “a finalità penale” ed ai rispettivi divieti di ingresso	304

GIULIA SANTOMAURO, Recenti sviluppi in tema di rimpatri volontari e reintegrazione: la nuova strategia europea tra potenzialità e criticità	312
---	-----

PARTE IV:

I CONFINI DELL'ASILO TRA ISTANZE ESPANSIVE E TENDENZE RESTRITTIVE

CARMELO DANISI, NUNO FERREIRA, Queering Asylum... or Human Rights in Europe?	319
ANTONELLO CIERVO, Verso il riconoscimento dei "rifugiati ambientali"? Brevi osservazioni ad una recente ordinanza della Corte di Cassazione	328
FRANCESCO LUIGI GATTA, La crisi afghana bussava alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?	336
EMILIO DE CAPITANI, La pretesa solidarietà europea a fronte della crisi afgana: una ennesima occasione mancata?	343
MARIA LUDOVICA GUALTIERI, Le strategie extraterritoriali europee nell'ambito dell'asilo: quali basi per una cooperazione con il Maghreb?	348
CHIARA SCISSA, Zero asylum seekers: The new Danish law (not) on asylum	355
MARIO SAVINO, Asilo e deterrenza: verso il paradigma della "protezione altrove"	363

LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE: PRESUPPOSTI E LIMITI

ADELE DEL GUERCIO, La Convenzione di Ginevra sui rifugiati compie settant'anni: «an uncomfortable birthday that we are not in the mood to celebrate»	368
PATRIZIA RINALDI, La Corte EDU valuta il "rischio reale" dei trasferimenti tra i paesi del Dublino III	379
ELENA VALENTINI, Reato di clandestinità e domanda di protezione internazionale: i possibili incroci tra rito penale e procedura d'asilo: i possibili incroci tra rito penale e procedura d'asilo. Nota a Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2021, n. 27353	387
ANNA LAZZARO, Violenza sulle donne e protezione internazionale	395
MANUELA CONSITO, La transitorietà protratta della protezione umanitaria	402
GIUSY CONZA, Come bilanciare la valutazione di credibilità e il dovere di cooperazione istruttoria nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale?	407
MICHELA TUOZZO, Certificazione della procura e presenza del richiedente protezione internazionale sul territorio. Un sillogismo illegittimo, oltre che imperfetto?	415

PRESENTAZIONE

Il Volume prosegue la serie degli Annuari dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), giunta alla seconda edizione, e destinata a raccogliere gli scritti pubblicati di anno in anno nell'ADiM Blog. Nato come spazio *on-line* ad accesso libero, il Blog di ADiM intende promuovere il dibattito scientifico interdisciplinare sui temi dell'immigrazione e dell'asilo, con l'obiettivo specifico di rafforzare il dialogo tra l'area giuridica e le altre scienze sociali. La presente raccolta copre un arco temporale che coincide con l'anno 2021 (ad esclusione del mese di gennaio, i cui contributi apparsi nel Blog e vertenti sul c.d. decreto immigrazione sono stati inclusi nell'Annuario ADiM 2020).

Nel presentare la prima edizione della serie di Annuari ADiM, ad apertura del Volume 2020, osservavamo: “nel periodo di riferimento del Volume, la *governance* della migrazione e dell'asilo ha subito trasformazioni rilevanti, tanto a livello nazionale, quanto a livello europeo e internazionale”. Quell'anno, in effetti, si era caratterizzato per un certo fermento, tanto sul piano normativo quanto giurisprudenziale. Sul versante normativo, in Italia, gli avvicendamenti nelle compagini del Governo hanno alimentato processi di “riforma e controriforma”, condotti a colpi di decreti, con problemi di discontinuità nelle prassi applicative; in Europa, poi, la Commissione Von der Leyen ha tentato di rilanciare il processo di riforma del sistema di gestione dell'asilo e delle migrazioni irregolari, stagnante dal 2016, tramite il “Nuovo Patto”. Sul versante giurisprudenziale, nel 2020, si sono registrate importanti pronunce delle corti in materia d'immigrazione: dalla Consulta (iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo), alla Corte di giustizia (ricollocazione, respingimenti e mancata registrazione delle domande d'asilo, detenzione nelle zone di transito), fino alla Corte europea dei diritti dell'uomo (espulsioni collettive, zone di transito, visti umanitari). Un anno, dunque, connotato dall'introduzione di misure e proposte normative di segno restrittivo, in parte avallate dalle Corti (soprattutto da quella di Strasburgo). Può dirsi altrettanto del 2021?

A livello nazionale, nell'ultimo anno si è registrato un dibattito meno acceso sui temi dell'immigrazione. Le energie del Governo Draghi, subentrato all'esecutivo Conte II nel febbraio 2021, sono state principalmente assorbite dalla gestione della pandemia e del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Anche se la questione migratoria non ha occupato i primi posti

dell'agenda politica, il Governo Draghi ha, anzitutto, manifestato una chiara preferenza per una sua gestione condivisa a livello europeo, auspicando una maggiore cooperazione tra Stati membri (“non c'è sovranità nella solitudine”, puntualizzava Mario Draghi nel discorso di insediamento del 13 febbraio 2021). Inoltre, sul piano interno, si è impegnato, oltre che nell'attuazione della c.d. riforma Lamorgese, in una nuova procedura di regolarizzazione su larga scala. Questa sanatoria, orientata verso i settori dell'agricoltura e dell'allevamento, dell'assistenza alla persona e del lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare, rappresenta l'ennesimo tentativo, tipico nell'esperienza italiana, di sopperire all'inadeguatezza e ai fallimenti della regolazione dei flussi in entrata per motivi di lavoro. Tuttavia, il numero basso di istanze definite alla fine del 2021 col rilascio del permesso di soggiorno (pari al 13% del totale delle domande presentate) lascia intendere che le farraginosità dei requisiti individuati all'art. 103 del d.l. 34/2020 abbiano contribuito all'impantanarsi della sanatoria. Di conseguenza, gli obiettivi di tutela della salute e di emersione dei rapporti di lavoro irregolare sono andati sfumando, insieme alle necessità del mercato del lavoro, soprattutto in settori strategici andati in (ulteriore) sofferenza a causa della pandemia da Covid-19.

Alla penuria di vie di ingresso regolari per motivi economici il Governo Draghi ha tentato di rispondere con un decreto flussi a fine 2021 (d.p.c.m. del 21 dicembre 2021) che, per la prima volta da anni, passa da 30 a 70 mila ingressi per lavoratori non comunitari subordinati, stagionali e non stagionali, e lavoratori autonomi. Anche questo strumento è storicamente utilizzato come palliativo all'assenza di canali di ingresso *ordinari* specificamente rivolti ai c.d. migranti economici, concretizzandosi poi sul piano applicativo in altrettante difficoltà di accesso alla misura, che spesso impediscono la totale copertura delle quote fissate. Numero, quest'ultimo, che peraltro non è detto si raccordi con i fabbisogni di manodopera del Paese, visto che l'adozione governativa del decreto flussi non è rimessa a vincoli di natura oggettiva.

La penuria degli strumenti di ingresso e di stabilizzazione efficiente del soggiorno per motivi di lavoro da un lato, e l'obsolescenza degli strumenti esistenti dall'altro, finiscono per determinare lo scollamento tra esigenze economiche e/o demografiche del Paese, oltre che ampliare le ricadute sociali.

Quanto ai canali di ingresso per motivi umanitari, i pur meritori sforzi profusi a favore di cittadini afgani per un ingresso sicuro in Italia sono ancora troppo limitati per garantire un sistema credibile di accesso legale e protetto. Una ardita giurisprudenza di merito (in particolare, del Tribunale di

Roma) ha tentato di supplire, promuovendo il rilascio di visti umanitari¹ ai sensi del codice dei visti dell'UE. Il medesimo Tribunale ha dato diretta applicazione² all'art. 10, co. 3 Cost. nel tentativo di consentire l'accesso al territorio di uno straniero asseritamente respinto dalle autorità italiane al confine con la Slovenia (salvo poi dover constatare l'insufficienza di prove circa il respingimento informale³).

La Consulta, dal proprio canto, ha dato seguito alla sua consolidata giurisprudenza sulle prestazioni sociali, dichiarando non legittima la previsione⁴ della "residenza protratta" decennale come criterio premiale nella formazione delle graduatorie per l'accesso agli alloggi di edilizia centrale pubblica, stante il carattere irragionevolmente discriminatorio del criterio rispetto alla *ratio* del servizio, correlata al bisogno abitativo dei non abbienti.

Da Roma, a Bruxelles.

Sul piano delle riforme, nonostante l'iniziale enfasi sull'urgenza di un deciso cambio di marcia ("*a fresh start on migration*", secondo lo slogan della Commissione), il "Nuovo Patto" è rimasto imbrigliato in negoziati finora poco fruttuosi e nella contrapposizione tra blocchi: da un lato, i Paesi frontalieri mediterranei (Italia, Grecia, Spagna, Malta), interessati a una vera solidarietà; dall'altra, i paesi-guida (Germania, Francia) e i Paesi "frugali" (Austria, Paesi Bassi, Stati scandinavi), propensi ad assecondare una solidarietà flessibile per andare incontro alle richieste del Gruppo di Visegrad (Ungheria, Polonia, Slovacchia e Repubblica Ceca) e orientati, invece, a un maggior rigore sul versante della responsabilità (dei Paesi di primo ingresso, tenuti a prevenire gli ingressi irregolari e i movimenti secondari nell'area Schengen). Le uniche novità riguardano, allora, la riscrittura delle obsolete norme europee sulla c.d. Carta Blu (riforma della direttiva del 2009⁵) e sulla nuova

¹ Trib. Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 21 dicembre 2021, RG n. 62652/2021, e – per dare esecuzione all'ordinanza cautelare – Trib. Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 14 gennaio 2022, RG n. 76126/2021.

² Trib. Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, ordinanza del 18 gennaio 2021, RG n. 56420/2020.

³ Trib. Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, composizione collegiale, ordinanza del 27 aprile 2021, RG n. 7045/2020.

⁴ Corte cost., sentenza del 29 gennaio 2021, n. 9 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1 e dell'art. 4, comma 1, della legge della Regione Abruzzo 31 ottobre 2019, n. 34.

⁵ Direttiva (UE) 2021/1883 del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/CE del Consiglio.

Agenzia Europea per l'Asilo⁶ (che sostituisce l'Ufficio EASO, istituito con regolamento del 2010).

Una forte continuità si registra sotto il profilo esterno delle politiche migratorie europee, dove persiste la logica del “cordone di sicurezza” costruito intorno all'Unione: una strategia difensiva che la crisi in Afghanistan e gli “attacchi ibridi” al confine con la Bielorussia hanno finito per rafforzare, ma che non è priva di rischi, derivanti dalle dinamiche geo-politiche attuali e dalla scarsa affidabilità dei Paesi c.d. *gate keepers* (come dimostrano la crisi diplomatica tra Marocco-Spagna nella primavera 2021, con l'improvviso afflusso di migliaia di migranti attraverso la frontiera di Ceuta, e le tensioni al confine greco-turco, ad evidenziare le crepe della Dichiarazione UE-Turchia a un quinquennio dalla sua adozione). La proposta di alcuni Stati membri di realizzare un “muro europeo” con fondi dell'Unione ben incarna lo spirito dei tempi: un apparente ritorno al passato, a quel muro di Berlino che ha diviso l'Europa tra il 1961 e il 1989, che però testimonia la percezione, molto attuale, di una Europa sotto assedio.

In questo scenario di militarizzazione dei confini, pratiche informali di respingimento alla frontiera (c.d. *push-backs*) e di restrizione dell'accesso all'asilo, le Corti europee sono state chiamate, ancora una volta, a tenere la rotta della legalità. La Corte di giustizia ha affrontato diversi profili di garanzia procedurale legati all'art. 47 della Carta (in particolare in tema di diniego del visto⁷ e ricorso avverso i c.d. trasferimenti Dublino⁸), ribadendo il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, ma precisando, al contempo, come procedure e modalità nazionali di ricorso debbano rispettare i tradizionali principi di equivalenza e di effettività della tutela. Oltre a una serie di interessanti pronunce sulla nozione di domanda d'asilo ulteriore⁹, sullo status di rifugiato e sulla protezione sussidiaria¹⁰, nonché in materia

⁶ Regolamento (UE) 2021/2303 del 15 dicembre 2021 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010.

⁷ CGUE, sentenza del 10 marzo 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w. N.*, causa C-949/19.

⁸ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 15 aprile 2021, *État belge (Éléments postérieurs à la décision de transfert)*, causa C-194/19.

⁹ CGUE, sentenza del 9 settembre 2021, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Demande ultérieure de protection internationale)*, causa C-18/20; CGUE, sentenza del 10 giugno 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Éléments ou faits nouveaux)*, causa C-921/19; CGUE, sentenza del 20 maggio 2021, *L.R.*, causa C-8/20.

¹⁰ CGUE, sentenza del 20 gennaio 2021, *Secretary of State for the Home Department*, causa C-255/19.

d'immigrazione (dal raggruppamento familiare¹¹, all'uguaglianza di trattamento dei cittadini di Paesi terzi in materia di prestazioni di sicurezza sociale, e altri benefici e servizi¹²), nel 2021 la Corte di giustizia ha dichiarato la violazione da parte dell'Ungheria degli obblighi derivanti dalle direttive procedure e accoglienza, a causa delle modifiche della legge ungherese sull'asilo (tra i profili censurati, quello della c.d. criminalizzazione della solidarietà e dell'aiuto ai migranti)¹³.

Infine, da Lussemburgo, a Strasburgo.

Il 2020 era stato caratterizzato per una serie di pronunce della Grande Camera orientate nel senso di una chiusura alla tutela dei diritti convenzionali (espulsione collettiva in *N.D. & N.T. c. Spagna*, visti umanitari in *M.N. e altri c. Belgio*, trattenimento alla frontiera in *Ilias e Ahmed c. Ungheria*). Nel 2021, l'attenzione dei giudici di Strasburgo si è rivolta soprattutto ai *push-backs*, dando vita a un incoraggiante filone giurisprudenziale relativo a una crescente casistica di pratiche violente e cedimenti della *rule of law* alle frontiere orientali dell'UE (*R.R. e altri c. Ungheria*¹⁴; *D.A. e altri c. Polonia*¹⁵; *Shabzad c. Ungheria*¹⁶; *M.H. e altri c. Croazia*¹⁷). Davanti alla medesima Corte pende ancora una "pioggia" di ricorsi relativi alla situazione provocata dagli attacchi ibridi alla frontiera bielorusa. La casistica sul tema ci dirà se stiamo assistendo a un cambio di rotta nella giurisprudenza di Strasburgo, che, negli ultimi anni, si è dimostrata complessivamente restrittiva verso i diritti dei migranti.

Da ultimo, il Covid-19. Se il 2020 aveva inevitabilmente fatto registrare un netto impatto negativo sulle dinamiche migratorie e sulla mobilità internazionale, il 2021 ha segnato, invece, un'inversione di tendenza, grazie al progressivo allentarsi della morsa della pandemia. La neonata Agenzia Europea per l'Asilo informa che nel 2021 si è registrato un aumento delle domande di asilo nell'UE (circa 618.000 in totale, pari a un incremento di un terzo rispetto all'anno precedente), con numeri che si attestano su livelli pre-pandemia.

¹¹ CGUE, sentenza del 4 marzo 2021, *Migrationsverket*, causa C-193/19.

¹² CGUE, sentenza del 28 ottobre 2021, *ASGI e.a.*, causa C-462/20.

¹³ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione europea c. Ungheria*, C-821/19, EU:C:2021:930.

¹⁴ Corte Edu, sentenza del 2 marzo 2021, *R.R. e altri c. Ungheria*, ric. n. 36037/17.

¹⁵ Corte Edu, sentenza dell'8 luglio 2021, *D.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 51246/17.

¹⁶ Corte Edu, sentenza del 8 luglio 2021, *Shabzad v. Hungary*, ric. n. 12625/17.

¹⁷ Corte Edu, sentenza del 18 novembre 2021, *M.H. e altri c. Croazia*, ric. nn.15670/18 e 43115/18.

Nel 2022 i migranti tornano a muoversi e, in molti, a chiedere asilo e protezione bussando alle porte dell'Europa. Gli scenari aperti dal conflitto ucraino sembrano determinare le premesse per una rinnovata risposta, rispetto a quella data durante la terribile crisi del 2015. I mesi che seguiranno saranno cruciali per le sorti dello spazio Schengen, per ricucire le distanze tra Paesi con più forte tradizione della *rule of law* e il gruppo di Visegrad e, non in ultimo, per far emergere quella "solidarietà internazionale" verso il problema dei rifugiati evocata nel Preambolo della Convenzione di Ginevra del 1951. La "pietra angolare" per la protezione dei migranti che nel 2021 ha compiuto settant'anni. Eppure, molto resta ancora da fare per garantirne lo spirito e la *ratio*, come emerge dalle riflessioni raccolte dai contributi contenuti nel presente Volume. Buona lettura!

La Redazione ADiM Blog

PARTE I
LA GOVERNANCE DELLE MIGRAZIONI

TORNARE A TAMPERE?
L'URGENZA DI UN DIBATTITO
SUI CANALI REGOLARI DI INGRESSO

Mario Savino*

Uno dei paradossi dell'attuale politica migratoria è il seguente: pur mirando a contrastare il fenomeno della clandestinità, le norme europee e nazionali ne amplificano le dimensioni, alimentando esse stesse i movimenti secondari che attentano alla stabilità dello spazio Schengen.

Che la politica europea sia, da anni, orientata a massimizzare la sua capacità di deterrenza per contrastare l'immigrazione irregolare e i movimenti secondari è evidente. Il «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» dell'Unione (art. 77 TFUE) sottopone la mobilità da Paesi terzi a diversi filtri o momenti di controllo – prima della partenza, *in itinere*, all'arrivo e dopo l'ingresso – che sono tutti in fase espansiva, in particolare dopo la c.d. crisi dei rifugiati del 2015. Lo confermano il ricorso alla “esternalizzazione”, intesa come tecnica per delegare a Paesi terzi misure di contenimento di dubbia compatibilità con il diritto UE (si pensi agli accordi con la Turchia e la Libia); la progressiva contrazione della funzione SAR nelle missioni a guida UE nel Mediterraneo; l'irrobustimento dei controlli c.d. pre-ingresso, in particolare tramite l'approccio *hotspot* sperimentato in Italia e in Grecia; la introduzione, nella fase post-ingresso, di procedure accelerate e di frontiera, che riducono le garanzie di giusto procedimento e amplificano il ricorso al trattamento su larga scala, unica vera alternativa ai difficili rimpatri.

A questi controlli – che il Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo del settembre 2020 intenderebbe ulteriormente rafforzare – si aggiungono le pratiche di respingimento sommario alle frontiere esterne (c.d. *pushbacks*): pur contrarie al principio internazionale di *non-refoulement* e alla tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Carta dell'Unione, quelle pratiche sono state prima silenziosamente tollerate nei Balcani, perché utili a prevenire gli ingressi irregolari e i movimenti secondari; quindi, apertamente legittimate, nel contesto della crisi alle frontiere con la Bielorussia, in quanto reazione politi-

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università della Tuscia.

camente imposta dalla “strumentalizzazione” dei migranti. La parabola del sistema integrato di gestione delle frontiere esterne dell’Unione è ormai entrata in rotta di collisione con il modello classico dell’asilo europeo: un modello garantista, imperniato sul principio per cui chiunque giunga alle frontiere deve poter essere ammesso nel territorio e ottenere una valutazione accurata della propria richiesta di protezione. Il rischio, più in generale, è che la politica migratoria continentale finisca per ridursi a un miope “proibizionismo” e che la spirale di deterrenza e coercizione da esso alimentata travolga gli argini della *rule of law*, già particolarmente cedevoli in questa area di confine del diritto pubblico.

Per evitare questo esito, occorrerebbe spostare l’attenzione dalla patologia alla fisiologia delle migrazioni e tornare a riflettere – come ai tempi del Consiglio europeo di Tampere del 1999 – sulla interdipendenza tra i meccanismi di chiusura (cioè di contrasto dell’immigrazione irregolare) e quelli di apertura (cioè di riconduzione dei flussi “utili” entro la legalità). Un ostacolo è certamente rappresentato dai Trattati: l’art. 79 (5) TFUE riserva agli Stati membri la competenza di determinare il volume di ingressi dei cittadini di paesi terzi per motivi di lavoro. Ma la resistenza degli Stati membri (soprattutto di alcuni) a condividere questa quota di sovranità è forte almeno quanto la ritrosia della Commissione a intervenire.

A Bruxelles ci si limita a discutere dell’adozione di misure conservative proposte anni fa, tanto in tema di *resettlement*¹, quanto in tema di lavoratori altamente qualificati². E la Commissione continua a eludere gli inviti del Parlamento europeo a valorizzare le competenze assegnate all’Unione dai Trattati – in particolare, dall’art. 79(2)(a-b) TFUE – per avanzare proposte che riguardino il (più decisivo) bacino dei lavoratori stranieri con bassa e media qualificazione³.

Ne deriva una sempre più nitida (e problematica) divisione del lavoro tra Unione e Stati membri: l’Unione presidia saldamente il versante “difensivo”,

¹ Proposta di regolamento che istituisce un quadro dell’Unione per il reinsediamento (COM(2016) 468 final), avanzata il 13 luglio 2016, ancora in attesa di adozione.

² Direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/CE del Consiglio (revisione della direttiva *Blue Card*).

³ Si vedano, da ultimo, Parlamento europeo, risoluzione del 20 maggio 2021, Nuovi canali per la migrazione legale di manodopera, (2020/2010(INI)) e raccomandazione del 4 novembre 2021, (2020/2255(INL)).

orientando la lettura complessiva dei processi migratori nel senso della patologia e le sue norme nel senso di una chiusura sempre più arcigna; agli Stati membri, invece, resta la solitaria gestione del versante “inclusivo”, politicamente più scomodo, perché qualsiasi apertura, sia pure selettiva, di percorsi regolari di ingresso presta il fianco agli strali dei movimenti populistici. Per questo, molti governi statali tendono a eludere il tema, rinunciando ad aprire canali regolari di ingresso che pure risponderebbero all’interesse nazionale.

Il caso italiano è, a riguardo, paradigmatico. L’instabilità degli esecutivi e l’assenza della sponda dell’Unione su questi temi si traduce in una sostanziale afasia. Nell’ambito umanitario, pur in un’epoca segnata da crisi imponenti come quelle siriana e afghana, l’Italia non ha varato programmi di reinsediamento o di concessione dei visti umanitari: gli unici corridoi umanitari sono frutto di accordi sollecitati da organismi privati come la Comunità di Sant’Egidio⁴. Ma colpisce ancor di più l’immobilismo dell’Italia nell’ambito della regolazione dei flussi per motivi di lavoro.

Com’è noto, il declino demografico del nostro Paese è marcato: secondo le proiezioni dell’Istat, dai 59,6 milioni di residenti del 2020 si passerà a 54 milioni nel 2050, con un rapporto tra giovani e anziani di 1 a 3 e una popolazione in età lavorativa che si ridurrà in 30 anni dal 64% al 53% del totale⁵. La pandemia ha accelerato questa dinamica: nel solo 2020, la popolazione residente è diminuita di quasi 400 mila unità, a causa del calo delle nascite, dell’eccesso di mortalità e della contrazione del saldo migratorio con l’estero⁶. Nonostante la crisi produttiva e del sistema di *welfare* che in tal modo si prefigura – e che anche le più efficaci misure di rilancio della natalità non consentirebbero di evitare – il sistema di reclutamento dei lavoratori stranieri resta quello delineato dalla c.d. legge Bossi-Fini del 2002.

L’obsolescenza di quella normativa è testimoniata dai dati. Dopo il picco “involontario” di 263 mila nuovi permessi di soggiorno nel 2017, dovuto all’afflusso di rifugiati nel biennio precedente, la tendenza è verso una netta riduzione dei volumi complessivi in entrata (177 mila permessi totali nel 2019 e 106 mila nel 2020, il numero più basso nel decennio). A dispetto del quadro sopra tratteggiato, ancor più drastica è la contrazione dei permessi per motivi di lavoro: nella prima decade del secolo erano più della metà del

⁴ Cfr. 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*, n. 1/2017.

⁵ ISTAT, *Previsione della popolazione residente e delle famiglie*, 29 novembre 2021.

⁶ ISTAT, *Rapporto Annuale 2021*, cap. 2

totale (fino al 64% del 2009), mentre nel decennio successivo si sono drasticamente ridotti, attestandosi dal 2017 intorno al 5%, con appena 5803 nuovi permessi nel 2020⁷. Esauritosi l'effetto di sostituzione tra questi permessi e quelli umanitari, ormai anch'essi in forte calo nell'ultimo triennio, settori strategici come l'agricoltura, il lavoro domestico, la logistica e l'edilizia soffrono di una strutturale penuria di manodopera (generica e specializzata), che la pandemia ha soltanto enfatizzato.

Il primo effetto della segnalata inadeguatezza normativa è, ovviamente, quello di accrescere il numero degli stranieri irregolarmente soggiornanti ma effettivamente inseriti nel mercato del lavoro. Mentre altri Paesi europei, come la Francia, impiegano strumenti permanenti di regolarizzazione individuale, l'Italia tende a privilegiare sanatorie *una tantum*, spesso più impegnative sul piano politico e amministrativo e, anche per questo, non sempre efficaci nel riportare il lavoro sommerso nell'alveo della legalità e consentire l'inclusione sociale dei lavoratori stranieri irregolari. Un esempio è la regolarizzazione avviata nell'estate del 2020, che sembra destinata a esiti sostanzialmente fallimentari a causa della inadeguatezza delle procedure⁸. Basti pensare alla previsione del requisito della detenzione giuridicamente qualificata di un alloggio certificato come idoneo dall'ufficio tecnico del comune: non era difficile prevedere che la gran parte dei migranti interessati dalla misura, essendo privi di un titolo di soggiorno, avrebbero avuto difficoltà a rispettare tale requisito e che ne sarebbe derivato il rigetto di una porzione rilevante delle domande presentate. Né è chiaro il senso della distinzione tra i settori ritenuti meritevoli di rientrare nel provvedimento di regolarizzazione e quelli (come l'edilizia, la manifattura o l'ambito sociosanitario non domiciliare) che per imperscrutabili ragioni ne sono rimasti esclusi. Se si può ragionevolmente assumere che l'obiettivo di una "sanatoria" sia quello di regolarizzare i lavoratori effettivamente impiegati nel sommerso, appare evidente l'inadeguatezza dei mezzi rispetto al fine.

Le prospettive, perciò, restano fosche. Secondo l'Istituto Cattaneo, entro il 2030 si verificherà nel nostro Paese una ulteriore marcata riduzione del

⁷ Si vedano la serie dei Rapporti Annuali Istat, nonché F. BIONDI DAL MONTE, *Le politiche di integrazione*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 385 s.

⁸ Come i giuslavoristi più attenti avevano previsto: 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. Lo stadio di avanzamento della "sanatoria 2020" è periodicamente monitorato dalla campagna *Ero Straniero* (<https://erostraniero.radicali.it/regolarizzazione2020/>).

numero di lavoratori con basso titolo di studio: al Nord, dove si concentra la maggiore capacità produttiva, il numero di lavoratori italiani poco istruiti addirittura si dimezzerà, passando da 3 a 1,6 milioni⁹.

Non sorprende che un mese fa il Governo Draghi abbia lanciato un segnale di parziale discontinuità: con il decreto flusso annuale (d.P.C.M. 21 dicembre 2021) ha autorizzato l'ingresso nel 2022 di 70 mila lavoratori stranieri. Si tratta di più del doppio dei 30 mila previsti dai decreti annuali dell'ultimo sessennio, nonché del primo aumento da un quindicennio a questa parte. Al contempo, però, quella quota resta lontana dai 250 mila ingressi previsti dal decreto flussi per il 2007, che corrispondono, secondo le stime più diffuse, al fabbisogno annuale di lavoratori stranieri in Italia. Inoltre, è dubbio che quei 70 mila lavoratori possano arrivare davvero attraverso il canale del decreto flussi: è probabile, anzi, che, come negli anni precedenti, una parte di quella quota resti inutilizzata, a causa della farraginosità e della lentezza delle procedure amministrative.

Ecco, allora, come il paradosso enunciato in apertura si ripercuote sull'Italia: l'economia chiama, ma lo Stato non risponde, non prevedendo adeguati percorsi di immigrazione regolare. E quindi ne risponde, in vari modi: abdicando al suo ruolo di naturale regolatore dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro straniero, a tutto vantaggio delle organizzazioni criminali, pronte, in tempi di proibizionismo, a una remunerativa supplenza; esacerbando il conflitto sociale, perché gli arrivi irregolari alimentano il lavoro nero, lo sfruttamento, il *dumping* sociale, il degrado nelle zone di insediamento degli irregolari e la creazione di sacche di riserva per la criminalità; impoverendo sé stesso e i contribuenti italiani, chiamati a finanziare costose politiche di contrasto della clandestinità e di "incapacitazione" di quei migranti irregolari che pure sarebbero necessari; rassegnandosi a un inesorabile declino demografico e del suo sistema di *welfare*, difficile da contenere senza l'immigrazione da lavoro.

I motivi per i quali la disciplina italiana respinge i lavoratori stranieri, invece di includere almeno quelli di cui il sistema produttivo avrebbe bisogno, sono almeno due. Il primo è la "diffidenza" che tuttora permea la legislazione sulle migrazioni economiche, e che si traduce in un dedalo di controlli amministrativi e complicazioni procedurali tale da ostruire i percorsi di accesso previsti in via ordinaria (decreto flussi) e straordinaria (sanatorie), spingendo i migranti verso l'irregolarità.

Il secondo è legato all'idea "maggioritaria" secondo cui la decisione sul

⁹ ISTITUTO CATTANEO, *Occupazione al 2030 e mutamenti demografici: Centro-Nord e Mezzogiorno*, 24 gennaio 2022.

volume degli ingressi per motivi di lavoro sia e debba continuare a essere eminentemente politica. Indubbiamente, si tratta di decisioni che richiedono una legittimazione democratica, perché scegliere quanti e quali lavoratori stranieri attrarre può avere un impatto distributivo rilevante, soprattutto in Paesi con un tasso di disoccupazione elevato come il nostro. Le norme attuali, però, sembrano andare oltre il segno, perpetuando una situazione di completo arbitrio politico, che impedisce qualsiasi programmazione e rimette al governo di turno la facoltà di decidere ignorando del tutto i parametri oggettivi, a cominciare dal fabbisogno di manodopera straniera.

A prescindere dalla diagnosi, l'esistenza del problema è conclamata. Anche a livello politico, è diffusa la consapevolezza che una revisione delle attuali norme sarebbe necessaria. Tuttavia, tende a prevalere la percezione che qualsiasi intervento in materia abbia un costo politico insostenibile: una scelta comunque "in perdita", tanto più se non è imposta da (o imputabile a) Bruxelles.

È evidente che, in un contesto europeo votato al contrasto all'immigrazione irregolare, sarebbero preferibili norme nazionali che riconducano all'interno di percorsi regolari quella parte dei flussi in arrivo utili a soddisfare la domanda di lavoro interna, così da contenere il fenomeno della clandestinità e renderlo più gestibile. La Commissione, però, non interferisce in questa sfera, rimessa alla sovranità nazionale, preferendo impostare la politica migratoria dell'Unione a partire da una serie di assunti tanto razionali quanto indimostrati: *i*) che ciascun legislatore nazionale regoli gli ingressi per motivi di lavoro in modo efficiente, commisurando i canali regolari di ingresso alla effettiva capacità di assorbimento del proprio sistema produttivo; *ii*) che quei canali siano effettivamente percorribili, sulla base di procedure snelle e accessibili; *iii*) che tutti i migranti in arrivo al di fuori di quei canali siano per definizione in eccesso e, perciò, da trattenerne o espellere, per evitare movimenti secondati nello spazio Schengen. Sennonché, non mancano le ricerche che dimostrano la fallacia di questi assunti: *i*) è raro che le discipline nazionali sugli ingressi soddisfino in modo rigoroso e consequenziale gli interessi (economici o demografici) del Paese; *ii*) quasi mai le procedure amministrative di reclutamento dei lavoratori stranieri da parte degli Stati membri sono snelle e rapide come si vorrebbe in un mondo ideale; *iii*) di conseguenza, è semplicistico assumere che gli Stati membri non abbiano interesse a integrare almeno una parte dei migranti irregolari che giungano in Europa alla ricerca di opportunità migliori¹⁰.

¹⁰ Cfr. PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (PICUM), *Designing labour migration policies to promote decent work*, Policy Brief, 2021.

La realtà è diversa. In Paesi come l'Italia – nei quali la disciplina delle migrazioni è più condizionata dagli umori dell'elettorato che dai problemi di scarsa crescita economica o di declino del *welfare* – il fenomeno della clandestinità riflette non solo il *mismatch* tra le vane aspettative dei migranti e ciò che il mercato può davvero offrire loro, ma anche (e forse soprattutto) il *mismatch* tra i lavoratori stranieri necessari, che l'economia comunque attrae, e quelli che le norme consentirebbero di reclutare. La serie storica dei decreti flussi sopra evocata lo testimonia. Ma un sistema che impedisca di reclutare i lavoratori stranieri necessari è un sistema che manca il suo obiettivo primario: gestire entro la legalità processi che sono funzionali allo sviluppo della società. L'immigrazione irregolare segnala, dunque, un fallimento non solo dei controlli sulla mobilità dai Paesi terzi, come vorrebbe l'opinione dominante a Bruxelles, ma anche e prim'ancora della regolazione pubblica.

Se così è, in attesa che il vento cambi a livello europeo, urge che l'Italia riformi il proprio sistema di reclutamento dei lavoratori stranieri, collegandolo in modo diretto e stabile alle esigenze dell'economia e della demografia e preservandolo dagli effetti destabilizzanti del ciclo elettorale, secondo le buone pratiche di altri ordinamenti occidentali. Solo a partire da queste premesse, l'Italia può concludere con i Paesi di origine accordi di mobilità stabili, fondati sulla reciproca convenienza, e giungere a rafforzare la sua capacità di gestione dei flussi in arrivo. E solo così, può dimostrare all'Unione l'insostenibilità di una visione puramente "difensiva", destinata a scaricare sugli Stati membri frontalieri i costi derivanti da quella imponente macchina amministrativa, votata alla detenzione e alla espulsione di persone, che il Nuovo Patto lascia intravedere. Una visione, quella appena evocata, che pare aver dimenticato una delle più importanti indicazioni di Tampere: per essere sostenibile, la politica migratoria europea deve tendere a una regolazione dei flussi che sappia combinare l'efficace contrasto dell'immigrazione irregolare con la creazione di adeguati percorsi legali di ingresso.

DIRITTI FONDAMENTALI:
IL “PUNTO DI NON RITORNO”
DELLA GESTIONE DELL’IMMIGRAZIONE IN ITALIA

Chiara Scissa*

SOMMARIO: 1. La Decisione del Comitato ONU per i diritti umani – 2. L’Ordinanza del Tribunale di Roma – 3. Depoliticizzare la governance della migrazione.

1. *La Decisione del Comitato ONU per i diritti umani*

Tre cittadini siriani e un cittadino palestinese, imbarcatisi insieme ad altre 400 persone su un peschereccio nel porto libico di Zuwarah al fine di raggiungere l’Unione Europea, sono tra i sopravvissuti del naufragio occorso il 10 ottobre 2013 in acque internazionali, a 113 km a sud dell’isola di Lampedusa e a 218 km da Malta, che ha portato alla morte di oltre 200 persone, tra cui 60 minori, per la maggior parte di origine siriana. I quattro ricorrenti denunciano, innanzi al Comitato ONU per i Diritti Umani (di seguito, il Comitato), la mancata adozione da parte del governo italiano di appropriate misure per soccorrere le 400 persone disperse nel Mar Mediterraneo, violando il loro diritto alla vita ai sensi dell’art. 6 del Patto Internazionale per i Diritti Civili e Politici (“il Patto”) del 1966. Tale omissione avrebbe infranto inoltre la norma consuetudinaria di salvataggio in mare della vita umana posta a fondamento di numerose convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (1974), la Convenzione sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, (1979) e la Convenzione ONU sul Diritto del Mare (1982).

Con Decisione emessa il 27 gennaio 2021, il Comitato ricorda che gli Stati parte del Patto e del Protocollo addizionale sono tenuti a adottare adeguate misure per proteggere la vita delle persone da minacce ragionevolmente prevedibili e, in base alle fonti di diritto internazionale del mare soprari-chiamate, a prendere provvedimenti per proteggere la vita di tutti gli indivi-dui che si trovino in una situazione di pericolo in mare.¹

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

¹ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol*, concerning Communication No. 3042/2017.

In base a tali considerazioni, il Comitato considera che, nonostante il peschereccio in avaria si trovasse nella zona di ricerca e soccorso (SAR) maltese, esso risultava essere comunque più vicino all'isola di Lampedusa. Inoltre, la nave della marina militare italiana ITS Libra avrebbe potuto fornire soccorso prima delle autorità maltesi, trovandosi a non più di un'ora di distanza dal peschereccio. Le autorità italiane, sostiene il Comitato, invece che ottemperare al proprio dovere di soccorso, hanno comunicato ad ITS Libra di non avvicinarsi all'imbarcazione in avaria, per evitare di divenire responsabili dell'operazione SAR al posto delle autorità maltesi. Il Comitato riconosce poi che l'Italia non ha prodotto alcuna spiegazione che possa giustificare il ritardo a fornire pronta risposta alle insistenti chiamate di soccorso dei ricorrenti (continue dalle ore 11.00 del mattino alle 3 pomeridiane) né del motivo per cui le autorità italiane non si siano prodigate per verificare che Malta stesse effettivamente dando seguito al salvataggio dei migranti in mare. Per questi motivi, il Comitato condanna l'Italia per violazione del diritto alla vita *ex art. 6, comma 1, del Patto*. Inoltre, data l'estenuante lunghezza delle indagini sulla violazione del diritto alla vita dei migranti a bordo del peschereccio, aperte nel 2014 e ancora pendenti, l'Italia si è resa responsabile anche della violazione del medesimo art. 6, comma 1, letto in combinato disposto con l'art. 2, comma 3, in relazione al diritto a ricorso effettivo.

2. *L'Ordinanza del Tribunale di Roma*

Nel luglio 2020, un cittadino di origine pakistana, dopo aver attraversato la cosiddetta rotta balcanica e aver subito violenza al confine croato, raggiunge Trieste al fine di presentare domanda di protezione internazionale per aver subito persecuzioni nel suo Paese di origine a causa del proprio orientamento sessuale. Nel giro di poche ore e senza alcun provvedimento amministrativo, la polizia italiana requisisce i telefoni cellulari del gruppo di richiedenti asilo in cui si trovava, li ammanetta e li conduce al confine con la Slovenia, dove vengono intimati con minacce ad allontanarsi. Il ricorrente afferma di essere soggetto a respingimenti a catena dalla Slovenia alla Croazia e poi in Bosnia, senza alcuna possibilità di difesa né di presentare domanda di protezione internazionale, subendo severe violenze fisiche dalla polizia slovena, croata e bosniaca.

Nel relativo procedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* avviato dal ricorrente al fine di accertare il suo diritto a presentare domanda di protezione internazionale in Italia, il Tribunale di Roma rileva che l'accordo di riammis-

sione delle persone alla frontiera siglato tra Italia e Slovenia nel 1996, sulla cui base il Ministero dell'Interno italiano *pro tempore* ha basato le pratiche informali di respingimento, non è mai stato ratificato dal Parlamento italiano e non ha quindi la facoltà di derogare alle norme vigenti in Italia o derivanti da fonti di diritto internazionale od europeo.² Inoltre, la riammissione a carattere informale conduce pacificamente a due ordini di osservazioni, come descritti dalla giudice *a quo*. In primo luogo, la riammissione non è stata accompagnata da alcun provvedimento amministrativo motivato in fatto e in diritto e, inoltre, non ne è stata data notifica al soggetto interessato, elementi che hanno impedito al ricorrente di disporre di un provvedimento impugnabile di fronte a un'autorità giudiziaria per proporre ricorso avverso la sua riammissione. Ciò si configura come manifesta violazione del diritto a ricorso effettivo come enunciato all'art. 24 Cost., all'art. 13 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU) e all'art. 47 della Carta per i Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (di seguito, Carta UE) e come altresì ribadito dalla Corte EDU.³ In secondo luogo, l'accompagnamento coatto e il conseguente respingimento alla frontiera assumono i connotati di una restrizione alla libertà personale per cui l'art. 13 Cost. richiede la preventiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, così come ribadito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.⁴ Il Tribunale sostiene altresì che dal divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti di cui l'art. 3 CEDU sia deducibile un obbligo di *non-refoulement* a catena, in quanto esso comprende anche la responsabilità dello Stato che abbia conoscenza, o sia ragionevole pensare che l'abbia, del fatto che la destinazione della persona allontanata dal proprio territorio non sia il Paese in cui è stata rimandata in prima istanza, bensì un altro successivo, in cui il pericolo di condotte lesive dell'integrità e della dignità della persona sia reale e attuale.⁵

In base a quanto detto sopra, i maltrattamenti subiti dal ricorrente vengono ritenuti fondati, non solo sulla base delle prove depositate, ma anche in riferimento alla copiosa documentazione prodotta dalle organizzazioni non governative accreditate ed attive sul piano internazionale e negli Stati interessati, dagli organi e agenzie sovranazionali e dagli stessi Ministeri dell'Interno

² Trib. Roma, ordinanza del 18 gennaio 2021.

³ Corte EDU, sentenza del 22 settembre 2009, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, app. no. 30471/08.

⁴ Corte Cost., sentenza del 22 marzo 2001, n. 105/2001.

⁵ Corte EDU (Grande Camera) sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, app. no. 30696/09.

italiano e sloveno che, in alcune conferenze stampa, confermavano la riammissione informale di migliaia di richiedenti asilo fuori dal loro territorio nazionale.⁶ La giudice Albano del Tribunale di Roma ribadisce che lo Stato italiano aveva quindi tutti gli elementi provenienti da fonti affidabili per sapere che la riammissione in Slovenia avrebbe dato origine ad un respingimento a catena fin fuori dai confini dell'UE, esponendo il ricorrente a trattamenti inumani e degradanti e spogliandolo dei propri diritti fondamentali.

Non solo, quindi, lo Stato italiano si è reso responsabile di espulsioni informali, ma non ha nemmeno ritenuto necessario verificare che il governo sloveno offrisse le adeguate garanzie di trattamento dignitoso e rispettoso dei diritti fondamentali propri dell'individuo. A fronte di ciò, l'Italia è condannata anche per la violazione del divieto di tortura e del diritto a ricorso effettivo, di cui gli artt. 3 e 13 CEDU nonché del divieto di espulsioni collettive degli stranieri e del principio di *non-refoulement*, in ossequio all'art. 4 Protocollo 4 CEDU e all'art. 19 della Carta UE.

Inoltre, la giudice *a quo* rileva un'ulteriore violazione relativa al fatto che la riammissione informale non possa mai essere applicata ad un richiedente asilo, in quanto contravviene al proprio diritto di asilo codificato a livello domestico e sovranazionale. Inoltre, tale pratica è in aperta violazione con l'accordo stesso che, infatti, si rivolge a stranieri che non soddisfano o non

⁶ Con riferimento alle ONG, si veda AMNESTY INTERNATIONAL, *Bosnia and Herzegovina: Long-term solutions needed to end recurring humanitarian crisis*, 12 January 2021, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/01/bosnia-and-herzegovina-long-term-solutions-needed-to-end-recurring-humanitarian-crisis/>; MEDICI SENZA FRONTIERE, *Abbandonati alle frontiere*, 14 gennaio 2021, <https://www.medicisenzafrontiere.it/news-estorie/news/frontiere-nord-italia/>. A livello Internazionale, si veda BALKAN INSIGHTS, *UNHCR Presses Croatia to Halt Unlawful Border Pushbacks*, 28 January 2021, <https://balkaninsight.com/2021/01/28/unhcr-presses-croatia-to-halt-unlawful-border-pushbacks/>; IOM PRESS RELEASE, *IOM Calls for End to Pushbacks and Violence Against Migrants at EU External Borders*, 9 February 2021, <https://www.iom.int/news/iom-calls-end-pushbacks-and-violence-against-migrants-eu-external-borders>; OHCHR, *In Search of Dignity Report on the Human Rights of Migrants at Europe's Borders*, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/InSearchofDignity-OHCHR_Report_HR_Migrants_at_Europes_Borders.pdf. Per le dichiarazioni del Ministero dell'Interno italiano, si veda MINISTRO DELL'INTERNO, *interrogazione di Mercoledì 13 Gennaio 2021*, <https://www.interno.gov.it/it/notizie/question-time-alla-camera-ministro-lamorgese-0>; per il Ministero sloveno, INFOKOLPA, *Report on illegal practice of collective expulsion on Slovene-Croatian border*, April 2018, <https://www.borderviolence.eu/wp-content/uploads/Report-on-illegal-practice-of-collective-expulsion-on-Slovene1.pdf>

soddisfano più le condizioni di ingresso o di soggiorno vigenti sul territorio della Parte contraente. Ebbene, com'è noto, il richiedente asilo è da considerarsi in posizione regolare nel momento stesso in cui esprime la propria volontà, in forma scritta od orale, di presentare domanda di protezione internazionale, come previsto dall'art. 3.1 D.P.R. 12 gennaio 2015 n. 21 e come confermato sia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione sia della Corte di Giustizia, la quale ha più volte ribadito che il richiedente debba avere la possibilità di presentare domanda di protezione internazionale il più presto possibile e senza che l'esercizio di tale diritto sia reso impossibile o eccessivamente gravoso.⁷

In conclusione, il Tribunale di Roma ordina al Ministero dell'Interno italiano l'immediato ingresso sul territorio nazionale del ricorrente al fine di poter presentare domanda di protezione internazionale, tenendo in considerazione anche la concessione di un visto *ex art. 25* del Regolamento 810/2009/CE (cd. codice dei visti). Tale decisione si affianca alla sentenza emessa due anni prima dallo stesso Tribunale, in cui si statuiva il diritto dei migranti respinti in Libia dalla Marina militare italiana a fare ingresso in Italia al fine di presentare domanda di protezione internazionale.⁸

3. *Depoliticizzare la governance della migrazione*

Le recenti pronunce sopra brevemente esaminate costituiscono esempi emblematici di una prassi italiana ormai consolidata che pone l'interesse nazionale al centro delle decisioni politiche e delle azioni legislative nazionali. In assenza di una riforma organica del diritto dell'immigrazione e dell'accoglienza, l'esternalizzazione costituisce il mezzo ed il fine di una gestione dell'immigrazione informale e non sostenibile, in cui gli elementi più controversi segnalati dalle sentenze delle corti nazionali e sovranazionali vengono corretti tramite disposizioni *ad hoc*.

Da decenni ormai lo Stato italiano colleziona condanne per la gestione illecita dei flussi migratori, una tendenza questa che si ripropone indipendentemente dal colore politico della maggioranza di governo. A tale riguardo, l'attitudine italiana sembra ben conciliarsi con l'approccio securitario adotta-

⁷ Rispettivamente, Cass., Sez. Un., sentenza del 24 settembre 2019, n. 29460; CGUE, sentenza del 21 luglio 2011, *Patrick Kelly contro National University of Ireland* (University College, Dublin), causa C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506.

⁸ Trib. Roma, sentenza del 14 novembre 2019, ric no. 22917/2019.

to dalla Commissione europea negli ultimi anni, riscontrabile sia nel pacchetto di riforme proposto nel 2016 sia nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo in cui al rispetto dei diritti fondamentali viene anteposta la salvaguardia del corretto funzionamento del sistema di migrazione e asilo.

A conferma di ciò, il non-paper di risposta al Nuovo Patto – firmato da Italia, Grecia, Malta e Spagna – richiede alla Commissione un approccio ancora più netto, in cui le politiche di esternalizzazione, collaborazione strategica con i Paesi terzi interessati e pratiche di rimpatrio debbono assumere un ruolo ancora più centrale nella gestione dei flussi migratori.⁹

Per quanto implausibile possa sembrare nei tempi correnti, la chiave di volta nella *governance* della migrazione in Italia così come negli Stati membri dell'Unione potrebbe essere la sua depoliticizzazione. A parere di chi scrive, se si scardinasse la gestione della migrazione dall'interesse politico e dalle scelte di partito e, al contrario, la si basasse esclusivamente sulla piena osservanza dei diritti fondamentali degli individui su cui lo Stato ha giurisdizione e dei relativi obblighi assunti a livello internazionale, europeo e nazionale, la politica dell'immigrazione consentirebbe un trattamento dignitoso ed equo dei richiedenti asilo. Una politica con al centro un approccio basato sui diritti umani potrebbe portare inoltre ad una *neutralizzazione* del dibattito politico attorno al fenomeno, per cui non vi sarebbe più spazio per quella profonda e propagandistica spaccatura tra i partiti “pro” o “contro” la migrazione, ma il semplice, *neutrale* adempimento dei propri obblighi internazionali e costituzionali che tutti i partiti politici, indipendentemente dalla propria ideologia di fondo, sono chiamati a rispettare e promuovere. Ciò porterebbe altresì i partiti che hanno fatto della lotta indiscriminata all'immigrazione il loro cavallo di battaglia ad una riconsiderazione e reindirizzamento delle proprie priorità politiche.

Il primo passo verso una depoliticizzazione della migrazione riguarda il vitale riconoscimento, una volta per tutte, che in tema di diritti fondamentali non sono ammesse discriminazioni e che lo straniero, comunque soggiornante nel territorio dello Stato, gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana.¹⁰ Come affermato nelle sue considerazioni finali sulla giurisprudenza costituzionale del 2008 dal Presidente della Corte *pro tempore*, «[l]a visione solidaristica della nostra Carta – che scaturisce dalla scelta di collocare la

⁹ Non-paper, *New Pact on Migration and Asylum: comments by Greece, Italy, Malta and Spain*.

¹⁰ Si consulti, Corte Cost., sentenza del 23 novembre 1967, ric. n. 120/1967; della stessa Corte, sentenza del 26 giugno 1969, n. 104; sentenza del 16 giugno 2000, n. 198.

persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale tracciato dal Costituente – esprime, dunque, un limite estremo: *il “punto di non ritorno” al di là del quale – ormai, anche per obblighi internazionali - il legislatore (qualsiasi legislatore) non può spingersi, neppure in presenza di particolari o eccezionali circostanze*.¹¹

Il nuovo, peculiare governo a guida Mario Draghi, che nel suo discorso sulle dichiarazioni programmatiche del Governo al Senato ha posto particolare accento sul rispetto dei diritti fondamentali dei migranti così come sul «deciso rafforzamento dell'equilibrio tra responsabilità dei Paesi di primo ingresso e solidarietà effettiva», sarà in grado di mettere in moto questo profondo quanto necessario cambiamento di prospettiva?¹²

¹¹ Considerazioni Finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla Giurisprudenza Costituzionale del 2008 in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Roma, Palazzo della Consulta.

¹² GOVERNO ITALIANO, *Comunicato stampa: Le dichiarazioni programmatiche del Presidente Draghi*, 17 Febbraio 2021.

ARE THE NEW EU AGENCIES IN THE FREEDOM
SECURITY AND JUSTICE AREA
BECOMING THE NEW SORCERER'S APPRENTICES?

Emilio De Capitani - Giulia Del Turco*

Agencification is a relatively recent and yet highly relevant phenomenon at EU level: developed over the past two decades, it can be seen as a compromise between the functional needs to provide Brussels with more regulatory capacity and the reluctance of the Member States to transfer executive authority to the European Commission. Agencies have been rapidly mushrooming, being empowered with a wide range of regulatory tasks and resources. According to the 2020 European Court of Auditors report¹, the existing 42 agencies can count on a total budget of €3.7 billion, their staff amounting to 12,881 officials (about 18% of the total number of staff members employed by the EU).

Since the entry into force of the Amsterdam Treaty (1999), agencies have increased their role notably in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ), to such an extent that they are now implementing (if not, in some cases, designing) some essential policies: protection and promotion of Fundamental Rights (FRA), management of large Information systems (EU-LISA), strengthening of the police cooperation (EUROPOL, CEPOL, EMCDDA, ENISA), judicial cooperation in criminal matters (EUROJUST, EPPO), establishment of a Common European Asylum System (EASO, now becoming EUAA) and, last but not least, shaping the EU Integrated Border management (Frontex/EBCG).

This process is not without controversies and has indeed raised many issues in the scientific debate. What is particularly striking is that, apart from Europol and Eurojust, there is no explicit legal basis in the Treaties, nor a clear reference to the possibility of delegating to the EU Agencies a discretionary power, even if the EU Court of Justice (ECJ) has recently updated its

* Emilio De Capitani is Visiting Professor, Queen Mary University of London; Giulia Del Turco is Ph.D student in European and global market law, University of Tuscia.

¹ EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Annual report on EU agencies for the financial year 2020*, Luxembourg, 2021

See here: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/AGENCIES_2020/AGENCIES_2020_EN.pdf

old “Meroni doctrine”² (according to which the EU institution cannot delegate their discretionary powers to other bodies and this to preserve the institutional balance between the institutions themselves and in a more general perspective the democratic accountability of the EU construction as such).

Following the 2014 “ESMA” ruling³ – where the ECJ considered that Agencies may exercise some discretionary powers, although circumscribed by various conditions and criteria – the situation has radically changed. The EU legislator is creating new agencies by conferring them a vast set of powers, ranging from strategic to regulatory and operational powers with also a treaty-making and budgetary competence (as clearly written in the new founding regulations of Frontex and of the European Agency for Asylum).

Such trend may be understood because of the expansion of EU competencies and powers since the entry into force of the Lisbon Treaty. But it is taking place in a questionable way because the tools are created before defining in clear terms the legal and political framework of the policy which the new agency should serve. Quite paradoxically, being it difficult to agree on a common policy (e.g., a common migratory policy), the EU legislator is turning to the creation of a “technical” tool, which could pave the way for the establishment of the common EU policy.

Accordingly, Europol defines the objective of the EU Internal Security policy that it should implement; Frontex defines the content of the integrated border management it is deemed to implement; the EU Agency on Asylum has been reshaped before the definition of the Common European Asylum System and has been charged of the definition of a Fundamental Rights Strategy in this domain. Unfortunately, these apparent “pragmatic” shortcuts are only delaying the hard choices which should be made.

Moreover, the principles of legal certainty and of the EU institutional balance risk to be shattered: formally, Agencies are set up as “independent” supranational bodies, but in fact they are driven by Member States representatives, while the European Commission has a very limited control on the Management Board. Similarly, both the European and the National Parliaments have no real means of controlling the Agencies directors and, notably, what is happening on the ground.

Freed from adequate external control, some Agencies are operating outside the scope of their mandate, as it patently happens in the case of Frontex,

² See ECJ, Judgment of 13 June 1958, *Meroni*, Case 9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

³ See ECJ, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom and Northern Ireland v. European Parliament and the Council*, Case C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.

which is de facto becoming an EU-wide Law Enforcement Authority. To make things even more worrisome, these Agencies now enjoy operational powers which may infringe on individual fundamental rights, whereas the corresponding administrative or judicial mechanisms of accountability are, to say the least, difficult to trigger, notably by vulnerable categories such as migrants and asylum seekers.

It would be sensible that the Parliamentary Committee in charge of controlling those Agencies establish as soon as possible an inquiry on the real impact of these Agencies and of their interaction by fixing the main shortcomings such as the lack of a binding strategic framework and a true accountability system for their directors as it is the case for other pre-federal parliamentary systems such as the US Congress.

Against this background, the Academy of Law and Migration devoted its Fourth annual Conference⁴ to the complex issues surrounding the agencies operating in the AFSJ. In particular, it addressed the question as whether and to what extent the expansion of their mandates provides adequate solutions to the implementation needs and shortcomings of the EU migration governance. But also, whether and to what extent this expansion of powers has been accompanied by an equally increased level of accountability with regard to the agencies' operational and administrative tasks.

Jacopo Alberti provides an overview of the topic of decentralized implementation through agencies, highlighting the institutional and normative issues that arise from the lack of a legal basis in the Treaty for the creation of such agencies. Attention is especially devoted to the negative implications of the use of soft law instruments by the agencies, mostly in terms of judicial review. Such issue is also dealt with by reflecting on the opportunity to extend to the AFSJ the experience of the Board of Appeal, an internal but independent administrative review mechanism, which is already available in 9 EU agencies, allowing individuals to review the validity of the actions of agents.

Valsamis Mitsilegas questions whether the experimentalist governance, which denotes a certain excess on the extension of the exercise of power, acts as a flexible means to achieve a more effective management of migration or as a threat to the rule of law. His analysis focuses on Frontex and Europol, whose instances of experimentalist governance are intertwined with the well-known process of securitization that has characterized European migration policies for years. It then addresses the interagency cooperation (e.g.,

⁴ A recording of the Conference is available at the following link: <https://www.youtube.com/watch?v=gn24KWiC0ew>

Operation Sofia), where the deficit of rule of law appears even more exacerbated.

Marco Stefan analyzes the Frontex's fundamental rights administrative complaint mechanism. He notes that, although the 2019 reform of the mechanism has significantly increased the chance for individuals to hold Frontex accountable, the mechanism still suffers from significant shortcomings: notably in terms of independence, as it remains an internal procedure, as well as in terms of effectiveness of the performed control.

An overall assessment of the new European Asylum Agency is conducted by Lilian Tsourdi, highlighting the complex compromises behind the adoption of the new regulation⁵, which indeed appears to be particularly limited when compared to the proposal put forward by the European Commission. In particular, the operational involvement of the agency in asylum procedures, is still defined in terms of "facilitation" or "assistance" to Member States, but this does not reflect the current administrative reality where instead we have many more models of joint implementation, in which agency staff conduct part of the procedures independently. Also, part of the compromise is the new monitoring mechanism to control the operational and technical implementation of the CEAS, the full application of which has been blocked by Mediterranean States until the current Dublin Regulation is replaced.

The role of Frontex also recurs in the presentation by Roberto Cortinovis, who analyzes the approach and initiatives that have been established in the New Pact on Migration and Asylum in the field of search and rescue. Cortinovis observes how the Common European approach to SAR⁶, while on the one hand confirms and strengthens the role of Frontex in the so-called "disembarkation crisis", on the other fails to provide any element to address the long-standing ambiguities concerning it, such as the absence of any specific mandate to engage in proactive SAR, or the multiple accusations of human rights violations for directly or indirectly pushbacks practices.

⁵ European Parliament legislative resolution of 11 November 2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council of the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation (EU) No 439/2010 (COM(2016)0271 – C8-0174/2016 – 2016/0131(COD)).

⁶ Commission recommendation 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, C(2020) 6468 final.

Tamás Molnár closes the conference with a presentation investigating the role of the EU Fundamental Rights Agency in monitoring respect for fundamental rights at the EU's external borders. He also offers a comprehensive assessment of the new independent monitoring mechanism foreseen in Article 7 of the Proposal for a Screening Regulation⁷, which provides for the involvement of the FRA but only as a guidance for Member States, highlighting the presence of some aspects that raise serious concerns and need a rethink in the sense of a more effective safeguarding of fundamental rights.

⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817, COM/2020/612 final.

L'UNIONE EUROPEA RISPONDE ALLA STRUMENTALIZZAZIONE DEI MIGRANTI: MA A QUALE PREZZO?

Simone Marinai*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un quadro generale della risposta messa in campo dalle istituzioni dell'Unione. – 3. Le proposte volte ad incidere sulle procedure di asilo applicabili ai cittadini di Stati terzi oggetto della strumentalizzazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La Commissione europea, nella proposta di riforma del Codice frontiere Schengen presentata il 14 dicembre 2021¹, ha definito la “strumentalizzazione dei migranti” come una situazione in cui uno Stato terzo spinge flussi migratori irregolari verso l'UE incoraggiando attivamente o facilitando gli spostamenti di cittadini di Stati terzi verso le frontiere esterne dell'Unione, quando tale azione sia indicativa dell'intenzione, da parte dello Stato terzo in questione, di destabilizzare l'Unione europea o uno Stato membro, e sia tale da mettere in pericolo funzioni essenziali quali l'integrità territoriale, il rispetto della legge, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale.

L'esigenza, da parte delle istituzioni dell'Unione, di adeguare il quadro giuridico vigente in modo da poter reagire adeguatamente alla strumentalizzazione dei migranti compiuta da Stati terzi a fini politici, è divenuta impellente a seguito della crisi diplomatica ed umanitaria venutasi a creare, negli ultimi mesi, in conseguenza delle condotte poste in essere dalla Bielorussia alle frontiere esterne dell'Unione.

È noto, infatti, che fin dall'inizio dell'estate del 2021 la Bielorussia ha utilizzato lo strumento della pressione migratoria alle frontiere esterne dell'UE per reagire alle sanzioni che l'Unione ha adottato contro il regime di Minsk dopo la contestata rielezione di Lukashenko nell'agosto 2020 e le violenze perpetrate contro quanti manifestavano pacificamente chiedendo la ripetizione del voto.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa.

¹ V. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders*, COM (2021) 891 final, 14.12.2021, art. 1.

Le autorità bielorusse, avvalendosi anche della cooperazione di trafficanti di migranti e di reti criminali, hanno aperto nuove rotte migratorie attraverso i propri confini con Lettonia, Lituania e Polonia in modo da creare un elemento di destabilizzazione per l'intera Unione europea. Le autorità di Minsk hanno addirittura organizzato voli e autobus speciali per far affluire sul proprio territorio cittadini di molti Stati terzi (in prevalenza, iracheni e afgiani) e fornito ai migranti mezzi e supporto per forzare le frontiere con i tre citati Stati membri.

Questi ultimi, a fronte di tali improvvisi e non abituali flussi migratori giunti dalla Bielorussia, hanno subito reagito introducendo nei rispettivi ordinamenti lo stato di emergenza, militarizzando i propri confini, limitando gli ingressi sul proprio territorio, procedendo ad espulsioni alla frontiera e restringendo le concrete possibilità di ottenere il riconoscimento della protezione internazionale ai richiedenti asilo².

Secondo i dati riportati nella Comunicazione congiunta adottata dalla Commissione europea e dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza³, al 16 novembre scorso il numero complessivo di arrivi sul territorio dell'UE provenienti dalla Bielorussia nel 2021 ammontava a più di 7.500, a fronte di oltre 40.000 ripetuti tentativi di attraversamento delle frontiere interessate, di almeno 2.000 migranti che si trovavano in precarie condizioni nelle vicinanze della frontiera e circa 15.000 persone bloccate in Bielorussia. A ciò si aggiungano i movimenti secondari non autorizzati che hanno comportato flussi difficilmente stimabili verso altri Stati membri dell'Unione (la citata Comunicazione congiunta riferisce, ad esempio, di circa 10.000 ingressi non autorizzati in Germania ricollegabili agli arrivi in Polonia attraverso la frontiera bielorusa).

Per rispondere alla strumentalizzazione a fini politici dei migranti da parte della Bielorussia, le istituzioni dell'Unione hanno adottato (o, al momento, proposto) misure di diverso tipo nell'ambito delle variegate competenze di cui l'Unione è dotata.

² Per un quadro generale delle misure adottate dai tre Stati membri, si veda Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Increased migration pressure on the borders of Latvia, Lithuania and Poland with Belarus*, Rapporteur A.-M. Virolainen, Doc. 15382 rev, 29.9.2021.

³ V. European Commission, High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Responding to state-sponsored instrumentalisation of migrants at the EU external border*, JOIN (2021) 32 final, 23.11.2021, pp. 2-3.

Tali misure, che è opportuno qui di seguito brevemente richiamare, mostrano quanto possa essere importante, a fronte di simili minacce “ibride”⁴ provenienti da Stati terzi, un approccio integrato che sfrutti appieno le potenzialità offerte dalle variegate politiche dell’Unione.

Una riflessione, però, si impone in merito alla necessità che la reazione comune tenga in adeguata considerazione i diritti dei migranti che, loro malgrado, si sono trovati ad essere “utilizzati” dalle autorità bielorusse quale “arma impropria” contro l’Unione europea.

2. *Un quadro generale della risposta messa in campo dalle istituzioni dell’Unione*

Come ricordato anche dal vice-presidente della Commissione europea Margaritis Schinas nel corso della seduta del Parlamento europeo del 15 dicembre 2021⁵, quanto sta avvenendo alle frontiere esterne dell’Unione con la Bielorussia non è (soltanto) una crisi migratoria, ma una minaccia ibrida volta a destabilizzare l’Unione.

Proprio per questo motivo, le istituzioni dell’Unione hanno dovuto necessariamente articolare la loro risposta mediante una pluralità di misure di natura progressivamente sempre più incisiva.

Innanzitutto, il Consiglio europeo, che nel giugno del 2021, senza menzionare espressamente la Bielorussia, aveva genericamente condannato qualsiasi tentativo da parte di Paesi terzi di strumentalizzare i migranti a fini politici⁶, ha successivamente reso più espliciti i riferimenti alle condotte della Repubblica ex sovietica, prima qualificandole come un “attacco ibrido”⁷ e poi condannando, senza più esitazioni, «la strumentalizzazione dei migranti e dei rifugiati da parte del regime bielorusso e la crisi umanitaria che essa ha creato»⁸.

⁴ Sulle problematiche collegate all’eventuale qualificazione come “attacco ibrido” delle condotte poste in essere dalla Bielorussia, v. M. STARITA, “*Hybrid attack*”: un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. *Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorosso-polacca*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, Dicembre 2021.

⁵ V. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2021-12-15_IT.html#creitem18.

⁶ V. Conclusioni del Consiglio europeo del 24 e 25 giugno 2021, EUCO 7/21, punto 13.

⁷ V. Conclusioni del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021, EUCO 17/21, punti 19-21.

⁸ V. Conclusioni del Consiglio europeo del 16 dicembre 2021, EUCO 22/21, punto 21.

Ripetute condanne alla strumentalizzazione sono pervenute anche dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza⁹.

L'azione dell'Unione europea non si è certo limitata all'adozione di semplici dichiarazioni, sia pure politicamente rilevanti. Per far fronte alla crisi in atto, è stato fornito dalle istituzioni dell'Unione supporto sia finanziario, sia operativo.

In particolare, a favore della Lituania sono stati erogati circa 37 milioni di euro attraverso il Fondo asilo, migrazione e integrazione. A questi devono aggiungersi i 700.000 euro per garantire supporto umanitario ai migranti bloccati in Bielorussia ed i 2,5 milioni di euro per facilitare i rimpatri volontari¹⁰.

Supporto operativo è stato invece fornito tramite il dislocamento di personale di Frontex, Europol, EASO, in Lettonia, Lituania e Polonia.

Dopo che la Lituania ha attivato il 15 luglio 2021 il Meccanismo europeo di protezione civile, la Commissione ha coordinato l'assistenza fornita in tale contesto da parte di 19 Stati membri.

Al contempo, sono state progressivamente estese le sanzioni contro il regime di Lukashenko. Si tratta di sanzioni mirate contro individui, oltre che sanzioni di carattere economico e commerciale contro la Bielorussia. L'inasprimento del regime sanzionatorio ha consentito di colpire specificamente anche le persone fisiche e giuridiche che organizzano o contribuiscono a facilitare l'attraversamento irregolare delle frontiere dell'Unione¹¹.

Sempre a titolo sanzionatorio, il 9 novembre 2021 il Consiglio ha sospe-

⁹ V. ad es. COUNCIL OF THE EU, *Belarus: Declaration by the High Representative on behalf of the European Union on the instrumentalisation of migrants and refugees by the regime*, press release, 30.7.2021; COUNCIL OF THE EU, *Belarus: Declaration by the High Representative on behalf of the European Union on the situation at the European Union border*, press release, 10.11.2021.

¹⁰ Si veda, in proposito, ancora la Comunicazione congiunta JOIN (2021) 32, cit., pp. 7-8.

¹¹ Con riferimento al quinto pacchetto di sanzioni adottato da ultimo nei confronti della Bielorussia, v.: Regolamento di esecuzione (UE) n. 2021/2124 del Consiglio del 2 dicembre 2021 che attua l'art. 8 *bis*, par. 1, del Regolamento (CE) n. 765/2006 concernente misure restrittive nei confronti della Bielorussia, in GUUE L 430, 2.12.2021, p. I/1; Decisione di esecuzione (PESC) n. 2021/2125 del Consiglio del 2 dicembre 2021 che attua la decisione 2012/642/PESC relativa a misure restrittive in considerazione della situazione in Bielorussia, in GUUE L 430, 2.12.2021, p. I/16. Su tali sanzioni, v. S. IZZO, *Unione europea tra misure restrittive e gestione dei flussi migratori*, in *BlogDUE*, 7.1.2022, pp. 2-4.

so, con decisione n. 2021/1940¹², l'applicazione delle disposizioni dell'Accordo tra UE e Bielorussia relativo alla facilitazione dei visti per i funzionari del regime bielorusso¹³.

Particolarmente significativa è stata anche l'azione diplomatica condotta con Stati terzi di origine o di transito dei flussi migratori che il regime bielorusso aveva contribuito ad attrarre. A seguito delle pressioni provenienti dall'Unione europea, ad esempio, lo Stato iracheno ha accettato di sospendere temporaneamente i voli diretti verso la Bielorussia e di agevolare i rimpatri volontari di propri cittadini¹⁴.

Sfruttando le competenze dell'Unione in materia di trasporti è stato poi proposto, in data 23 novembre 2021¹⁵, di imporre divieti di operare da e verso l'Unione a vettori che, organizzando viaggi per via aerea, marina o fluviale, stradale, ferroviaria, contribuiscano, traendone vantaggio, al traffico ed alla tratta di esseri umani mettendo a rischio la vita di persone vulnerabili e la sicurezza delle frontiere esterne dell'Unione.

3. Le proposte volte ad incidere sulle procedure di asilo applicabili ai cittadini di Stati terzi oggetto della strumentalizzazione

Due sono le proposte che la Commissione europea ha elaborato al fine di consentire agli Stati membri di far fronte ai flussi migratori conseguenti alla strumentalizzazione posta in essere da parte di uno Stato terzo.

Una prima proposta, presentata il 1° dicembre 2021¹⁶, mira ad introdurre misure temporanee a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia e riguarda,

¹² Decisione (UE) n. 2021/1940 del Consiglio del 9 novembre 2021 sulla sospensione parziale dell'applicazione dell'Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Bielorussia relativo alla facilitazione del rilascio dei visti, in GUUE L 396, 10.11.2021, p. 58.

¹³ L'Accordo è pubblicato in GUUE L 180, 9.6.2020, p. 3.

¹⁴ Si veda, in proposito, la risposta che in data 15 dicembre 2021 l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza ha fornito all'interrogazione parlamentare E-003967/2021.

¹⁵ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a misure nei confronti degli operatori di trasporto che agevolano o praticano la tratta di persone o il traffico di migranti in relazione all'ingresso illegale nel territorio dell'Unione europea*, COM (2021) 753 final, 23.11.2021.

¹⁶ V. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia*, COM (2021) 752 final, 1.12.2021.

quindi, specificamente, la situazione di emergenza che si è venuta a creare a seguito dell'afflusso improvviso di cittadini di Stati terzi provenienti dalla Bielorussia.

La seconda proposta, presentata invece il 14 dicembre 2021¹⁷, persegue l'obiettivo di dotare l'ordinamento dell'Unione di un quadro giuridico che consenta in futuro di affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel campo della migrazione e dell'asilo, anche a fronte di minacce ibride provenienti da altri Stati terzi e, quindi, a prescindere dalla contingenza attualmente riguardante la crisi con la Bielorussia.

La logica delle due proposte è analoga. Entrambe mirano, infatti, ad introdurre deroghe ai meccanismi di controllo svolti alle frontiere esterne dagli Stati membri che si trovano a dover affrontare flussi migratori non previsti, a seguito della strumentalizzazione politica proveniente da uno Stato terzo.

Pur non potendo esaminarle qui nel dettaglio, è possibile osservare che le stesse sollevano motivi di perplessità.

Con riferimento alle misure proposte a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia, la Commissione ha scelto, quale base giuridica, l'art. 78, par. 3, TFUE, che le consente di proporre al Consiglio di adottare, previa consultazione del Parlamento europeo, misure temporanee a favore di uno o più Stati membri, che debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Stati terzi.

Tale scelta è stata criticata, innanzitutto, per il fatto che si può dubitare che il flusso di migranti in questione, avviato ad inizio dell'estate del 2021, possa ancora oggi essere considerato "improvviso" e tale da creare una "situazione di emergenza" visto che, quanto meno in parte, la situazione alla frontiera interessata sembra essere migliorata grazie anche alle misure adottate dall'Unione europea¹⁸. A ciò si aggiunga, poi, che l'impiego dell'art. 78, par. 3, TFUE, comporta il riconoscimento di un ruolo limitato in capo al Parlamento europeo. Tale disposizione, infatti, proprio in ragione dell'urgenza di far fronte ad una situazione di emergenza, prevede che il Parlamento europeo svolga una semplice funzione consultiva, anziché l'ordinario ruolo di colegislatore. Se, però, l'afflusso di migranti non può es-

¹⁷ V. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum*, COM (2021) 890 final, 14.12.2021.

¹⁸ V. E. DE CAPITANI, *Belarus Crisis: Should also the European Parliament ask the Commission to withdraw its art. 78.3 TFEU Proposal?*, in *European Area of Freedom Security & Justice*, 14.12.2021, disponibile al sito internet <https://free-group.eu/>.

sere più considerato improvviso e la situazione non ha carattere emergenziale, non sussistono neppure i presupposti per scavalcare le competenze del Parlamento europeo¹⁹.

La decisione proposta a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia, ed il regolamento proposto, più in generale, per far fronte a situazioni di strumentalizzazione nel campo della migrazione e dell'asilo, prevedono poi una serie di meccanismi, in gran parte speculari, che derogano alle norme che costituiscono il sistema europeo comune di asilo.

Entrambe consentono, infatti, per un periodo massimo di 6 mesi, che gli Stati membri che subiscono il flusso strumentale di migranti possano usufruire di termini più lunghi rispetto a quelli ordinari, sia per la registrazione delle domande di asilo (fino a 4 settimane), sia per lo svolgimento delle procedure di frontiera (fino a 16 settimane).

Ciò non comporta, certo, che venga negato il diritto di chiedere il riconoscimento della protezione internazionale. Peraltro, è stato giustamente sottolineato che una ritardata registrazione può di fatto impedire all'interessato di usufruire dei diritti che gli derivano dal semplice *status* di richiedente protezione internazionale²⁰.

Quanto alle procedure di frontiera, poi, queste diventano la regola nelle due proposte e permettono di decidere sia sull'ammissibilità, sia sul merito di tutte le domande di protezione internazionale senza consentire all'interessato l'ingresso sul territorio. Visto che la durata delle procedure in questione può essere estesa fino a 16 settimane, è indubbio che, nella prassi, risulterà difficile non fare ricorso alla detenzione per impedire la dispersione nel territorio dell'interessato, nonostante che tale misura sia contemplata solo in ultima istanza da entrambi gli strumenti proposti.

Le due proposte, inoltre, prevedono la possibilità di limitare l'effetto sospensivo automatico di un provvedimento di diniego della protezione internazionale, con la conseguenza che la permanenza del richiedente sul territorio potrà eventualmente essere decisa dall'autorità giudiziaria solo su istanza di parte.

Viene poi consentito allo Stato membro, che deve affrontare i flussi migratori in questione, di introdurre deroghe sia alla direttiva sulle condizioni

¹⁹ In proposito, v. anche EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Council Decision on provisional emergency measures for the benefit of Latvia, Lithuania and Poland COM (2021) 752*, December 2021, pp. 7-8, disponibile al sito internet <https://ecre.org/ecre-publications/comments-papers/>.

²⁰ V. EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *ECRE Comments*, cit., p. 3.

di accoglienza, sia alla direttiva rimpatri, con conseguente abbassamento delle garanzie e degli standard di tutela predisposti da tali strumenti.

La proposta di regolamento volta ad affrontare, in generale, situazioni di strumentalizzazione prevede, infine, misure di solidarietà che solo in parte riprendono quelle previste nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. Salta agli occhi, ad esempio, che a differenza di quanto previsto nella proposta di Regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore²¹, nella proposta elaborata per far fronte a flussi migratori conseguenti alla strumentalizzazione politica non vengono indicate, tra le misure di solidarietà che gli altri Stati membri possono offrire, anche le ricollocazioni, misure queste che potrebbero invece essere utili al fine di allentare la pressione subita dagli Stati membri direttamente colpiti dai flussi in questione.

4. *Considerazioni conclusive*

L'impressione che si ricava dal quadro appena delineato è che le istituzioni dell'Unione europea abbiano voluto dare un segnale forte, dispiegando un'ampia gamma di misure ritenute necessarie per contrastare la strumentalizzazione dei migranti a fini politici da parte di Stati terzi.

La crisi umanitaria provocata ai confini dell'Unione dalle condotte della Bielorussia ha reso impellente una risposta significativa a sostegno di Lettonia, Lituania e Polonia, ma ha anche fatto capire che il quadro giuridico debba essere adeguato per far fronte ad analoghe minacce ibride che possano verificarsi in futuro. Del resto, la Bielorussia non è certo stato il primo Paese terzo che ha utilizzato la leva migratoria per fare pressione politica sull'Unione europea o sui suoi Stati membri²² e, pertanto, non è da escludere che in futuro sia necessario reagire contro simili condotte che potranno essere poste in essere da altri Stati terzi.

²¹ V. Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, COM (2020) 613 final, 23.9.2020. Più in generale, sui meccanismi solidaristici previsti dal nuovo Patto, v. G. MORGESE, *La "nuova" solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *federalismi.it*, 28.12.2020, al quale si rinvia anche per ulteriori pertinenti riferimenti bibliografici.

²² Si vedano, ad esempio, i precedenti riguardanti la Turchia e il Marocco richiamati, tra gli altri, da F.L. GATTA, *La crisi afghana bussa alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, Ottobre 2021.

Ci si può chiedere, però, a quale prezzo vengono portate avanti le istanze di aggiornamento del quadro giuridico esistente. In particolare, a destare perplessità, sono soprattutto le più recenti proposte della Commissione del 1° dicembre 2021 (misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia) e del 14 dicembre 2021 (volta ad affrontare, più in generale, le situazioni di strumentalizzazione nel campo della migrazione e dell'asilo).

Dalle stesse emerge, infatti, la chiara tendenza a consentire deroghe al ribasso rispetto alle garanzie procedurali e giurisdizionali attualmente assicurate dal vigente sistema europeo comune di asilo e di cui devono invece poter usufruire anche i migranti i cui movimenti vengono utilizzati come forma di pressione da parte dello Stato terzo.

È difficilmente accettabile la creazione di procedure di asilo sensibilmente diverse a seconda che l'arrivo del richiedente sul territorio dell'Unione europea sia conseguenza o meno di politiche strumentali poste in essere da parte di uno Stato terzo. Bisogna considerare, infatti, che i cittadini di Stati terzi o gli apolidi che chiedono protezione internazionale, con ogni probabilità, vengono spinti a percorrere determinate rotte migratorie senza neppure conoscere i motivi per cui queste ultime si sono improvvisamente aperte. È pertanto poco logico, oltre che contrario ai più basilari principi di giustizia sostanziale, far ricadere sugli stessi richiedenti le conseguenze della strumentalizzazione politica dei flussi medesimi.

Dalle citate proposte emerge, poi, la volontà di rafforzare la logica *hotspot*, già caratterizzante il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo ed a concentrare in frontiera le procedure di esame delle domande di protezione internazionale. Se le due recenti proposte volte a contrastare la strumentalizzazione dei migranti per fini politici riproducono alcune (criticabili) soluzioni già presenti nel nuovo Patto, non appare però del tutto chiaro il coordinamento con quest'ultimo. Può sollevare dubbi, ad esempio, la scelta di aver proposto di elaborare un apposito atto per far fronte alle situazioni di emergenza conseguenti alla strumentalizzazione dei migranti da parte di uno Stato terzo, quando già la Commissione aveva dedicato una proposta alle situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo²³. Forse, per garantire una migliore coerenza tra le diverse proposte legislative, sarebbe stato più semplice, per la Commissione, elaborare una proposta modificata di quest'ultimo atto, in modo da tener conto anche delle specifiche esigenze create da crisi conseguenti alla strumentalizzazione dei migranti.

²³ V. COM (2020) 613, cit.

Si aggiunga, infine, che le recenti proposte che la Commissione ha presentato per far fronte alla strumentalizzazione politica dei migranti producono senz'altro l'effetto di complicare il quadro esistente. Considerato che, da oltre un anno, è in discussione il pacchetto di misure che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e che il negoziato su quest'ultimo sembra sostanzialmente arenato in considerazione della complessità delle questioni sul tavolo e della natura politicamente sensibile delle stesse, forse sarebbe stato preferibile attendere quanto meno una più chiara presa di posizione da parte di Consiglio e Parlamento europeo prima di replicare, all'interno delle più recenti proposte, soluzioni contenute nel Patto, ma il cui esito è ancora del tutto incerto.

AN UNSETTLING SENSE OF DÉJÀ-VU:
THE MAY 2021 CEUTA EVENTS AND THEIR PRECEDENTS

Jean-Pierre Cassarino*

SUMMARY: 1. The background. – 2. The precedents. – 3. Reverse diffusion. – 4. Ceuta: Beyond blackmail. – 5. A community of interests.

1. *The background*

For decades, repeated interactions on migration matters, in the framework of regional consultative processes (RCPs)¹, have contributed to consolidating the so-called joint management of international migration. Mobilizing decision-makers, stakeholders and practitioners from all countries of migration has been a key objective of these recurrent RCPs, just like their socialization. RCPs have also been conducive to two interrelated (and at times unintended) consequences:

1. The engagement of non-Western countries in migration talks has triggered a (re)construction of their own national interests². Some of them became aware of their empowered position in the “fight against irregular migration” vis-à-vis the West, especially the EU and its Member States.

2. Non-Western countries having a strategic position started to disclose and defend their own representation of what cooperation on migration governance entails, from their point of view.

It is through this double articulation (i.e., empowerment and disclosed representation) that regional consultations on migration governance have evolved since the mid-2000s. In other words, not only have non-Western countries opened communicative channels on migration and asylum with their Western/European counterparts in the framework of RCPs. They have

* College of Europe, Warsaw Campus.

¹ C. THOUÉZ, F. CHANNAC, *Shaping international migration policy: The role of regional consultative processes*, in *West European Politics*, vol. 29, n. 2/2006, pp. 370-387. R. HANSEN, *An Assessment of Principle Regional Consultative Processes on Migration*, IOM Migration Research Series on Migration 38, Geneva, 2010.

² I draw on the terminology used by J. WELDES, *Constructing National Interests*, in *European Journal of International Relations*, vol. 2, n. 3/1996, pp. 275-318.

also expressed their own visions as applied to migration governance while capitalising on their empowered position. True, their empowerment has resulted from the emergence of unprecedented patterns of interdependence in the field of migration and border controls. True, also, their empowerment has resulted into the skilful ability to defend their own preferences and contingencies, be they connected with migration matters or not.

2. *The precedents*

Last year, President Recep Tayyip Erdogan tried to push European governments into supporting Ankara's policy in Syria. When Syria's Idlib province was bombarded by Syrian and Russian forces, Turkey warned the EU that the March 2016 EU-Turkey deal would be in jeopardy lest no additional financial support be provided by the EU. Other demands from Turkey included the creation of an EU-funded buffer zone in Syria aimed at securitizing the border with Turkey, as well as eased access to entry visas for Turkish nationals. More recently, as a retaliation against heightened tensions with the EU which imposed sanctions on the Belarusian regime (following fraudulent elections leading to the re-election of President Alexander Lukashenko and the kidnapping of a dissident Belarusian journalist), the latter threatened the EU that it would no longer prevent migrants from crossing the border with Lithuania where various dissidents and opposition leaders sought and found asylum. Examples abound.

Long before the EU, various Member States have experienced in their bilateral interactions with non-EU countries that the latter are prone to capitalize on crucial issue-areas (e.g., fight against international terrorism, intelligence cooperation, energy security, border controls, to name but a few) to defend their own interests and priorities in the field of migration governance. In other words, not only have some non-EU countries become empowered, but their capacity to use their own leverage on their European counterparts has also been a common practice, though subtly performed. The instrumentalization of migration for political and diplomatic purposes is not uncommon in the history of international relations, nor is it new in the governance of migration. There is a well-documented academic literature on this matter³.

³ Among many others, see E. PAOLETTI, *The Migration of Power and North-South Inequalities: The Case of Italy and Libya*, New York, 2011; M. COLLYER, *Geopolitics as a migration governance strategy: European Union bilateral relations with Southern Mediterranean countries*,

Invariably, this empowerment generated additional uncertainties to which the EU and its Member States have been obliged to respond. Their responses converged towards the gradual flexibilization of their patterns of cooperation on migration governance with non-EU countries⁴. Actually, heightened uncertainties in their bilateral cooperation on migration governance explain the perceptible drive for informalization in migration governance, given its lower costs and also because it allowed «adjustment in the face of international uncertainty without dismantling cooperation»⁵. A modicum of cooperation, be it effective or not, had to be preserved at all costs.

To date, patterns of interdependence have developed despite the contrasting vested interests or the asymmetric costs and benefits that have constantly characterized the so-called “joint management of migration”. The examples mentioned above show that informalization does not necessarily result from the need to make cooperation on migration governance more responsive to uncertainties. Rather, it may also result from the need to *accommodate* empowered third countries’ preferences and exigencies in a context marked by strong patterns of interdependence between EU and non-EU countries. Over the last twenty years, the EU and its Member States have witnessed the ability of some non-EU countries to buttress their own credentials in the field of migration governance with a view to defending their preferences and interests, be they connected with migration matters or not.

in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 42, n. 4/2016, pp. 606-624; P. CUTTITA, *Non-governmental/Civil Society Organisations and the European Union-Externalisation of Migration Management in Tunisia and Egypt*, in *Population, Space and Place*, vol. 26, n. 7/2020; M. LEMBERG-PEDERSEN, *Manufacturing displacement. Externalization and postcoloniality in European migration control*, in *Global Affairs*, vol. 5, n. 3/2019, pp. 247-271; A. IÇDUYGU, D.B. AKSEL, *Two-to-Tango in Migration Diplomacy: Negotiating Readmission Agreement between the EU and Turkey*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, n. 3/2014, pp. 337-363; S. WOLFF, *The Politics of Negotiating EU Readmission Agreements: Insights from Morocco and Turkey*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 16, n. 1/2014, pp. 69-95; N. EL QADIM, *Le gouvernement asymétrique des migrations: Maroc/Union européenne*, Paris, 2015.

⁴ J.-P. CASSARINO, *Informalising Readmission in the EU Neighbourhood*, in *The International Spectator*, vol. 42, n. 2/2007, pp. 179-196.

⁵ B. KOREMENOS, *Contracting Around International Uncertainty*, in *American Political Science Review*, vol. 99 n. 4/2005, p. 561.

3. *Reverse diffusion*

Manifestly, both the EU and its Member States have become receptive to forms of reverse diffusion including the claims of their own neighbours. Ironically, those who claimed (and were expected) to act as socializers in the framework of recurrent regional consultative processes on migration and border controls – namely, those who were supposed to lead the consultations, to provide guidelines and to transfer norms values and practices to recipient non-EU countries – have turned out to be constrained by the expectations and reverse conditionalities⁶ of the latter.

Though understudied in academia, reverse diffusion is perhaps as old as the externalization of migration controls. Empowerment of non-EU countries, reinforced interdependence, reciprocal patterns of socialization, and reverse conditionalities all intersect to delimit a complex international system where diffusion is far from being unidirectional.

These considerations are important to realise the various consequences stemming from the empowerment of strategic non-EU countries and from the implicit inclination of European countries to accommodate non-EU countries' exigencies and claims. The massive border-crossing that took place in May 2021 at the Spanish enclave of Ceuta is no exception.

4. *Ceuta: Beyond blackmail*

To properly understand the various factors that have been conducive to diplomatic tensions between Spain and Morocco, following the mass arrival of migrants crossing the border of the Ceuta enclave in May 2021, we need to go beyond the mere reference to “blackmailing”. This reference is a poor guide to understanding what lies behind Morocco's motivations and expectations with regard to the EU and its Member States (especially Spain and France).

Given its strategic position, Morocco epitomises empowerment and reverse diffusion. Any concession made to the EU, in the field of migration governance, has always been accompanied by a *do ut des* and by reverse con-

⁶ For more details on the notions of reverse diffusion and reverse conditionalities, see J.-P. CASSARINO, *Informalising Readmission in the EU Neighbourhood*, cit. and also J.-P. CASSARINO, *Beyond the criminalisation of migration: A non-western perspective*, in *International Journal of Migration and Border Studies*, vol. 4 n. 4/2018, pp. 397-411.

ditionalities. For example, when Morocco signed in June 2013 a mobility partnership (MP) with the EU⁷, its decision was inseparable from the attempt to legitimize its *de facto* presence in Western Sahara. Morocco skilfully linked the negotiations of its MP with the prior conclusion in March 2012 of an exchange of letters between the European Union and the Kingdom of Morocco concerning reciprocal liberalisation measures on agricultural products, processed agricultural products, fish and fishery products (henceforth Fisheries Partnership Agreement – FPA).

The FPA raised a lot of controversies in the EU, owing to its geographical scope covering the territory and waters off the coasts of Western Sahara. The Popular Front for the Liberation of Saguia el-Hamra and Río de Oro (henceforth Polisario Front) brought a legal action to the Court of Justice of the European Union (CJEU), in November 2012, against the Council of the European Union for «breaching the right to self-determination of the Sahrawi people and [for] encouraging the policy of annexation followed by the Kingdom of Morocco»⁸.

It is important to highlight that the signature of the MP with Morocco preceded the final judgement of the CJEU regarding the FPA and its compliance with international law. These chronological developments speak volumes about the guarantees that were offered at that time to Morocco regarding the seamless implementation of the FPA despite the legal action brought by the Polisario Front. In February 2019, after years of legal disputes at the CJEU, the FPA entered into force⁹ with the full support of the European External Action Service, the European Commission and the approval of European Parliament. Moreover, bilateral relations between Spain and Morocco

⁷ On mobility partnerships, see R. PARKES, *EU Mobility Partnerships: A Model for Policy Coordination?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n. 4/2009, pp. 327-345. N. RESLOW, *The Role of Third Countries in EU Migration Policy: The Mobility Partnerships*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 14, n. 4/2012, pp. 393-415.

⁸ Official Journal of the European Union, Action brought on 19th November 2012 - Front Polisario vs. Council. Case T-512/12 (2013/C 55/26), p. C55/14.

⁹ This is not the place to delve into the technical and legal details of this controversial ruling by the CJEU. Ángela Suárez-Collado and Davide Contini argue that «the Court used a counterfactual legal analysis that did not take into account the practice of the agreement, but rather the theory on which it was based», see Á. SUÁREZ-COLLADO, D. CONTINI, *The European Court of Justice on the EU-Morocco agricultural and fisheries agreements: an analysis of the legal proceedings and consequences for the actors involved*, in *The Journal of North African Studies*, 2021.

were quickly reinvigorated, following the official visits of King Felipe VI and King Mohammed VI to Rabat and Madrid respectively, and the conclusion of eleven cross-sectoral bilateral agreements¹⁰.

5. *A community of interests*

Importantly, years of legal disputes opposing the Council of the European Union with the Polisario Front have “shed light on the European Union’s paradoxical position on the conflict in Western Sahara [where] economic and geopolitical interests prevail over the application of European and international law”¹¹. Such legal and policy developments have also contributed to constructing a sort of community of interests between the Kingdom of Morocco and a number of European actors, including Spain, France, the Council, the Commission and the EEAS.

It is against this background that the massive border crossing, dated May 2021, between Morocco and the Spanish enclave of Ceuta has to be understood. Reportedly facilitated by the Moroccan border police, thousands of migrants crossed the border. Morocco was accused of “blackmailing” Spain for having accepted the hospitalisation of the Polisario Front leader Brahim Ghali on its territory.

In the shadow of the Ceuta case lay another legal action brought by the Polisario Front against the entry into force of the February 2019 FPA. Among many other pleas, the legal action was aimed at denouncing the aforementioned Council decision, related to the entry into force of the FPA. In the opinion of the applicant, the FPA “denies the existence of the Sahrawi people by using the expression ‘the people concerned’ [and] organises, without the consent of the Sahrawi people, the exploitation of its resources”.

At the time, rumours were current that the judgement of the General Court would be in favour of the Polisario. Actually, on 29 September 2021, the General Court decided to annul Council Decision 2019/217 of 28 January 2019 on the conclusion of the agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Union and the Kingdom of Morocco.¹² The annulment of Council Decision 2019/17 did not lead to the suspension of

¹⁰ M. GONZÁLEZ, F. PEREGIL, *Felipe VI pide a Mohamed VI ir “más allá” en el control de la emigración*, in *El País*, 13 February 2019.

¹¹ Á. SUÁREZ-COLLADO, D. CONTINI, *Op. cit.*, p. 16.

¹² Action brought on 23rd June 2020 – *Polisario Front v Council*. (Case T-393/20).

the FPA. The General Court ordered the effects of Council Decision (EU) 2019/217 to be maintained as long as the judgment of the Court of Justice on the appeal of the Council is delivered. To date, the case is in progress (and the February 2019 FPA is still effective) given the decision of the Council and the Commission to appeal the recent judgement of the General Court.

The FPA-Western Sahara saga is far from being over. Meanwhile, there is no question that Morocco is adamant about showing to its European counterparts that it remains vigilant on this pending case. Morocco expects that the community of interests (unimpaired by the recent Ceuta events) will bear its fruits again.

What happened in Ceuta generates an unsettling sense of *déjà-vu* more than a surprise. Indeed, third countries' intentions to exert pressure on their European counterparts by using the migration variable are not uncommon. Rather, what is unprecedented is the explicitness of their intentions to instrumentalize migration. Perhaps, explicitness is the only new element that characterizes today the ability of non-EU countries to exert their own leverage in migration management matters with a view to shaping the behaviour of their European counterparts. This form of explicit reprisal against an EU Member State might set a precedent, provided the community of interests detailed above will prevail.

PENSARE LA RICOSTRUZIONE
TRA LE MACERIE DELLA SOVRANITÀ LIBICA:
QUALE SPAZIO PER IL “DOSSIER MIGRATORIO”?

Chiara Pagano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’agenda della transizione: tra priorità libiche e diplomazia internazionale. – 3. Migrazioni internazionali: risorsa o problema?

1. *Introduzione*

Il 10 marzo 2021, l’Alta Camera dei Rappresentanti libica ha votato la fiducia al Governo di Unità Nazionale (GNU) guidato dall’imprenditore di Misrata Abdul Hamid Dbeibah.¹ La designazione di Dbeibah come nuovo Primo Ministro ad interim del paese, così come l’accordo raggiunto sui nomi dei membri del Consiglio presidenziale, Mohammed al-Menfi e i suoi vice Abdullah al-Lafi e Musa al-Koni, è stato uno dei più importanti risultati del Forum per il Dialogo Politico Libico² che, sotto l’egida delle Nazioni Unite, si è riunito prima a Tunisi (novembre 2020) e poi a Ginevra (gennaio-febbraio del 2021) approfittando dell’accordo per un cessate il fuoco concluso il 23 ottobre 2020 dalla Commissione Militare Congiunta 5+5.³ Creata nell’ambito del processo di pace avviato a Berlino nel gennaio 2020⁴, questa commissione ha anche chiesto il ritiro di tutte le forze straniere presenti nel paese e l’avvio di un processo politico di riconciliazione nazionale.

Il cessate il fuoco ha posto fine a una nuova recrudescenza del conflit-

* Assegnista di Ricerca, Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

¹ UNSMIL, *Statement on the Approval by the House of Representatives of a New Interim Unified Government*, 10 marzo 2021, <https://unsmil.unmissions.org/unsmil-statement-approval-house-representatives-new-interim-unified-government>.

² UNSMIL, *Libyan Political Dialogue Forum*, <https://unsmil.unmissions.org/libyan-political-dialogue-forum>.

³ UN News, *UN salutes new Libya ceasefire agreement that points to ‘a better, safer, and more peaceful future’*, 23 ottobre 2020, <https://news.un.org/en/story/2020/10/1076012>.

⁴ UNSMIL, *Operationalization of Berlin Process*, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/2020-01-19-unsmil-operational-paper-final-data.pdf>.

to civile libico che iniziata, nell'aprile del 2019, con l'attacco di Khalifa Haftar contro Tripoli. Caratterizzata da un intervento sempre più massiccio di sponsor internazionali, la guerra per Tripoli ha trasformato il paese in quello che l'ex inviato speciale delle Nazioni Unite in Libia, Ghassan Salamé, ha definito il teatro della «più ampia guerra di droni al mondo».⁵

Tra attacchi contro civili e infrastrutture vitali per l'economia libica, chiusura dei terminal petroliferi e bombardamenti dei centri di detenzione per migranti lautamente finanziati dalla cooperazione europea, il conflitto ha dimostrato il mancato rispetto da parte di gran parte della Comunità Internazionale dell'embargo imposto alla Libia già con la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1973 del 2011.⁶ Non a caso il Panel di esperti delle Nazioni Unite sulla Libia aveva denunciato la totale inefficacia della misura.⁷

Tra l'estate e l'autunno del 2020, gli scontri armati hanno raggiunto una fase di stallo, come portato del progressivo riequilibrarsi della potenza offensiva delle forze in campo, a seguito del più forte ed esplicito intervento di Ankara a sostegno dell'allora Governo di Accordo Nazionale guidato da Fajez al-Serraj. Infatti, il Memorandum of Understanding libico-turco del 27 novembre 2019 aveva aperto all'invio in territorio libico di forze armate turche e mercenari siriani⁸ che, a giugno del 2020, hanno spinto le forze alleate all'Esercito Nazionale Libico di Khalifa Haftar e i suoi sponsor internazionali (in primis Russia, Egitto ed Emirati Arabi Uniti, ma che Francia e Sudan) a ritirarsi dalla Capitale. Un conflitto di minore intensità è poi proseguito nei pressi della città di Sirte, divenuta lo spartiacque tra le aree d'influenza delle due parti in campo e dei loro alleati internazionali.

Quattordici mesi di guerra hanno consegnato alla Libia un numero di sfollati interni che, alla fine del 2020, avevano raggiunto le 451.000 unità,⁹ una crisi economica senza precedenti¹⁰ e il dilagare incontrollato di una

⁵ L'affermazione è tratta dall'intervista rilasciata al Department of Political and Peacebuilding Affairs delle Nazioni Unite dall'allora Inviato Speciale delle Nazioni Unite in Libia, Ghassan Salamé, disponibile online all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=IB3jie4i7SI>.

⁶ S/RES/1973(2011), 17 marzo 2011, [https://www.undocs.org/S/RES/1973%20\(2011\)](https://www.undocs.org/S/RES/1973%20(2011)).

⁷ S/2019/914, *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011)*, 28 ottobre 2019, https://www.ecoi.net/en/file/local/2021151/S_2019_914_E.pdf.

⁸ A.M. MORONE, *Il nuovo MoU tra Turchia e Libia: una sfida alle politiche europee di contenimento delle migrazioni irregolari*, in *ADiM Blog*, 23 dicembre 2019.

⁹ IDMC, *Global Report on Internal Displacement 2020*, p. 31, <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2020/>.

¹⁰ WORLD BANK GROUP, *Libya Economic Monitor*, Issue #1, luglio 2020,

corruzione sistemica, cui si è sommato l'impatto economico e sociale della pandemia da Covid-19. Le autorità al controllo sia dell'Est che dell'Ovest del paese non sono state in grado di garantire alla cittadinanza l'accesso a beni e servizi di base, come acqua, elettricità e cibo.

Ad agosto del 2020, la crescente esasperazione tra la popolazione civile è sfociata in importanti proteste di piazza, che hanno interessato l'intero paese e sono state represses violentemente.¹¹

In questo clima, che ha reso il proseguimento delle ostilità insostenibile per entrambe le parti del conflitto, è stato inaugurato il Forum per il Dialogo Politico. A conclusione della prima fase del processo, svoltasi a novembre del 2020 a Tunisi, i partecipanti hanno approvato una Roadmap¹² che ha individuato come priorità assolute: l'avvio di un processo di riconciliazione nazionale, l'unificazione delle istituzioni politiche, economiche e finanziarie del paese, e l'organizzazione delle elezioni per il rinnovo democratico delle cariche politiche, previste per il 24 dicembre 2021. I lavori sono proseguiti a Ginevra, all'inizio del 2021, e il 5 febbraio hanno portato alla designazione di cariche unitarie incaricate di guidare il paese verso le nuove elezioni.¹³

L'insediamento del nuovo governo non è stato esente da criticità¹⁴: oltre ad aver ottenuto la fiducia all'ombra di una gravissima accusa di compravendita di voti in seno al Forum Per il Dialogo Politico,¹⁵ Dbeibah ha anche disatteso l'impegno di riservare il 30% delle nomine governative a figure femminili (su trentuno componenti del nuovo governo, solo 5 ministeri sono stati affidati a donne: Ministero degli Esteri, Ministero della Giustizia, Ministero

<https://documents1.worldbank.org/curated/en/121101597261547774/pdf/Libya-Economic-Monitor-July-2020.pdf>.

¹¹ HUMAN RIGHTS WATCH, *Libya: Armed Groups Violently Quell Protests. Investigate Use of Lethal Force, Arbitrary Arrests*, 10 settembre 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/09/10/libya-armed-groups-violently-quell-protests>.

¹² UNSMIL, LIBYAN POLITICAL DIALOGUE FORUM, *Roadmap "For the Preparatory Phase of a Comprehensive Solution"*, https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/lpdf_-_roadmap_final_eng_0.pdf.

¹³ S. ZAPTIA, *BREAKING: New unified Libyan government selected by LPDF in Geneva*, in *Libya Herald*, 5 febbraio 2021, <https://www.libyaherald.com/2021/02/05/breaking-new-libya-government-selected-by-lpdf-in-geneva/>.

¹⁴ P. WINTOUR, *Libya gets new unified government as corruption allegations swirl*, in *The Guardian*, 10 marzo 2021.

¹⁵ P. WINTOUR, *Libya's interim PM elected through bribery, UN inquiry says*, in *The Guardian*, 2 marzo 2021.

della Cultura, Ministero degli Affari Sociali, Ministero di Stato per gli Affari delle Donne) e non è ancora riuscito a designare la figura che guiderà il Ministero della Difesa.

Ciononostante, il GNU ha ricevuto il plauso generalizzato della comunità internazionale che, dopo essersi divisa per anni sul sostegno da accordare a una delle due parti del conflitto civile libico, adesso auspica la gestione unitaria di questa nuova fase della transizione.

Il neonato governo è però chiamato a far fronte all'imperativo della ricostruzione a partire dalle macerie della sovranità libica, risultato delle ingerenze esterne che hanno caratterizzato la guerra civile e continuano ad ipotecare le sorti della transizione in atto. Forze armate straniere continuano ad essere presenti in territorio libico, nonostante la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 2570¹⁶ che, il 16 aprile 2021, ha richiesto a tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite di collaborare al ritiro dalla Libia di combattenti stranieri e disposto la creazione di un gruppo per il monitoraggio del cessate il fuoco.

Intanto, il premier Dbeibah resta in attesa che la Camera dei Rappresentanti approvi il budget per il 2021¹⁷ e non è ancora riuscito a far corrispondere all'unificazione delle istituzioni quella militare, necessaria a delimitare i poteri di intervento dell'esercito in relazione all'agenda dell'esecutivo e a garantirgli un controllo efficace del territorio nella sua interezza.

2. *L'agenda della transizione: tra priorità libiche e diplomazia internazionale*

Fin dall'insediamento del Governo di Unità Nazionale, le visite diplomatiche di Capi di Stato e Ministri degli esteri a Tripoli si sono susseguite ininterrotte, insieme agli annunci della riapertura di consolati e ambasciate che avevano lasciato il paese dopo lo scoppio delle ostilità del 2014. Rappresentanti del neonato Governo di Unità Nazionale si sono a loro volta recati in visita presso le principali sedi governative europee e internazionali.

In pressoché tutti gli incontri al vertice intrattenuti a livello regionale e internazionale, i rappresentanti del nuovo esecutivo libico hanno spiegato che l'imperativo di questa nuova fase della transizione è quello di promuovere uno sforzo senza precedenti per la ricostruzione del paese, che si dimostri

¹⁶ S/2021/373, 16 aprile 2021, <http://unscr.com/en/resolutions/2570>.

¹⁷ S. ZAPTIA, *HoR sends reduced 2021 draft budget back to government for amendment*, in *Libya Herald*, 21 aprile 2021, <https://www.libyaherald.com/2021/04/21/hor-sends-reduced-2021-draft-budget-back-to-government-for-amendment/>.

in grado di investire tutti i livelli di intervento necessari: dal piano infrastrutturale a quello economico, dalla ristrutturazione del sistema politico al risanamento di un tessuto sociale sfibrato da dieci anni di guerra civile. Su questo tema è stato chiesto il supporto di tutte le controparti internazionali, a partire dalla riaffermazione della sovranità libica. Come ha spiegato la Ministra degli Esteri al-Manqush alla terza commissione della Camera dei deputati italiana,¹⁸ infatti, il Governo di Unità Nazionale ha deciso di avviare una “diplomazia moderata con tutti i paesi del mondo” per perseguire gli obiettivi principali della sua agenda:

1. Garantire la stabilità e la sicurezza su tutto il territorio libico;
2. Garantire i servizi essenziali per i cittadini e le cittadine libiche;
3. Gestire in maniera coerente e centralizzata il dossier Covid-19;
4. Preparare il terreno per le consultazioni elettorali previste per la fine dell'anno.

Quello della ricostruzione libica, secondo l'Unione degli appaltatori libici, sarà un business pari a circa 450 miliardi di dollari¹⁹ e, pertanto, oltre ad essere al centro dell'agenda del Governo di Unità Nazionale, fa gola a molti partner internazionali. Sull'importanza della cooperazione tecnica ed economica che ne deriverà si è espresso il Presidente tunisino nel corso della sua visita a Tripoli²⁰. Anche Mario Draghi ha parlato dell'importanza di riattivare le clausole di cooperazione economica e tecnica del Trattato di Amicizia e Cooperazione del 2008 e rilanciare «commissioni miste in campo finanziario, anche per il recupero dei crediti storici e recenti».²¹ L'Italia intende infatti agire da protagonista nel potenziamento del sistema infrastrutturale di collegamento tra l'Est e l'Ovest del paese, continuando a perseguire i propri interessi strategici nel settore energetico, sul quale attualmente insistono molto

¹⁸ Si veda il video dell'audizione disponibile sulla WebTV della Camera dei deputati all'indirizzo <https://webtv.camera.it/evento/17980>.

¹⁹ S. ZAPTIA, *Libya needs US\$ 450 billion and three million foreign workers for reconstruction over a five-year period: Libyan Contractors' Union*, in *Libya Herald*, 24 marzo 2021, <https://www.libyaherald.com/2021/03/24/libya-needs-us-450-billion-and-three-million-foreign-workers-for-reconstruction-over-a-five-year-period-libyan-contractors-union>.

²⁰ M. EL-MAHROUKI, E. JEBRANE, *Tunisian president first foreign leader to visit Libya under new government*, in *The Arab Weekly*, 17 marzo 2021, <https://thearabweekly.com/tunisian-president-first-foreign-leader-visit-libya-under-new-government>.

²¹ ANSA, *Le dichiarazioni di Draghi a Tripoli*, 6 aprile 2021.

anche Turchia e Russia. Non a caso, ricostruzione e cooperazione tecnica ed energetica sono stati temi centrali nel corso della visita di Dbeibah ad Ankara²², durante la quale le evoluzioni future dei rapporti libico-turchi sono state espressamente legate all'implementazione del MoU del 2019 in termini di rafforzamento della cooperazione militare tra i due paesi e delimitazione delle aree di influenza nel Mediterraneo Orientale. A questo si aggiungono le aspettative di Ankara di accrescere il volume degli scambi commerciali con la Libia per un valore di 5 miliardi di dollari, e che le compagnie turche risultate assegnatarie di progetti miliardari inaugurati prima del crollo del regime di Gheddafi e mai portati a termine ottengano delle compensazioni. A questo scopo è stata lanciato il prossimo incontro di un Alto Comitato Economico Congiunto. In cambio, Ankara ha rinnovato il suo impegno formale a riconoscere e sostenere la sovranità libica e a facilitare una gestione più efficace e centralizzata dell'emergenza Covid tramite l'invio di circa 400.000 dosi di vaccino a Tripoli.

Un impegno, quello per la cooperazione sanitaria tramite la fornitura di vaccini, che è stato assunto anche dal governo di Mosca²³, insieme all'avvio di una nuova e più solida cooperazione con la Libia nel settore della difesa²⁴, oltre che in quelli economico ed energetico.

Anche la visita della delegazione egiziana a Tripoli si è conclusa con la firma di numerosi accordi di partenariato, soprattutto nei settori elettrico, delle comunicazioni, delle infrastrutture e degli investimenti. Nel caso dell'Egitto, come in quello della Turchia e della Tunisia, le parti hanno anche discusso la riattivazione della libera circolazione di beni e persone per via aerea e marittima a partire dalla fine del mese di Ramadan²⁵.

²² Comunicato del Governo di Unità Nazionale, 12 aprile 2021, <https://www.facebook.com/LibyanGovernment/posts/3968711039915639> (Arabo).

²³ AFRICANEWS, *Libya receives first doses of Covid vaccine*, 5 aprile 2021, <https://www.africanews.com/2021/04/05/libya-receives-first-doses-of-covid-vaccine/>.

²⁴ THE DEFENSE POST, *Russia Calls for Deeper Military Ties with Libya*, 16 aprile 2021, <https://www.thedefensepost.com/2021/04/16/russia-deeper-military-ties-libya/>.

²⁵ Comunicato congiunto sulla visita del Presidente del Consiglio egiziano a Tripoli, 20 aprile 2021, <https://idc.gov.ly/2021/04/20/%d8%a5%d8%b9%d9%84%d8%a7%d9%86-%d9%85%d8%b4%d8%aa%d8%b1%d9%83-%d8%ad%d9%88%d9%84-%d8%b2%d9%8a%d8%a7%d8%b1%d8%a9-%d8%af%d9%88%d9%84%d8%a9-%d8%b1%d8%a6%d9%8a%d8%b3-%d9%88%d8%b2%d8%b1%d8%a7%d8%a1/?fbclid=IwAR1SkKqYiKMiVvovInuiHDHuHjLeNr4FzTCfhEmbsG20oN4wprH4NGfcKzI> (Arabo).

3. *Migrazioni internazionali: risorsa o problema?*

Se è vero che il Governo di Unità Nazionale ha previsto un Ministero di Stato per l'Immigrazione e uno per gli sfollati interni e i diritti umani, il cosiddetto "dossier migratorio" non è stato considerato prioritario. Tuttavia, in una sostanziale continuità con quanto sperimentato nel paese già almeno dall'inizio degli anni Duemila, le autorità libiche hanno usato il tema del controllo dei flussi migratori come strumento di legittimazione politica nell'arena internazionale.²⁶ Il nodo del contrasto alle migrazioni irregolari e al traffico di esseri umani è infatti riemerso a più riprese negli incontri diplomatici al vertice che hanno coinvolto il Premier Dbeibah e la Ministra degli Esteri Najila al-Manqush, soprattutto come portato di sollecitazioni delle controparti europee e regionali.

Ne hanno parlato i rappresentanti egiziani, tunisini e algerini per quanto riguarda la dimensione regionale, riaffermando il nesso tra controllo delle frontiere e contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata. Anche Ankara ha legato il rafforzamento degli strumenti di cooperazione bilaterali e regionali al contrasto all'immigrazione illegale, il traffico di esseri umani e di migranti, e ha offerto al governo libico di condividere le proprie esperienze nel campo.

Intanto, il contenimento dei flussi migratori è stato confermato come priorità assoluta dell'agenda politica Europea. Il budget approvato a dicembre del 2020 per il periodo 2021- 2027 ha vincolato oltre il 10 per cento della spesa comunitaria al tema delle migrazioni. Una recente inchiesta sostenuta da Action Aid ha ricostruito che, per il periodo in questione, l'UE ha stanziato settanta miliardi di euro per un nuovo Strumento di Vicinato, Sviluppo e Cooperazione Internazionale, mentre il 10 per cento del budget complessivo dell'UE è stato vincolato al tema delle migrazioni. Oltre dodici milioni di euro sono stati destinati al controllo dei confini e 8,7 miliardi del Fondo Immigrazione e Asilo sono stati destinati a sostenere i rimpatri. Si capisce, dunque, per quale motivo la politica europea intenda imporre le priorità della propria agenda in termini di contrasto al fenomeno migratorio anche all'agenda della transizione libica.²⁷

L'impegno tanto strutturale quanto problematico dell'UE per

²⁶ D. PERRIN, *Les migrations en Libye, un instrument de la diplomatie kadhafienne*, in *Outre-Terre*, n. 3/2009, pp. 289-303.

²⁷ ACTION AID, *The Big Wall*, disponibile online all'indirizzo <https://thebigwall.org/>.

l'esternalizzazione delle politiche di contenimento dei flussi migratori²⁸ rappresenta la cornice entro la quale vanno lette anche le più recenti e criticate dichiarazioni di Mario Draghi, che ha definito Erdogan un «dittatore con cui si ha bisogno di collaborare»²⁹ e, nel corso della sua visita a Tripoli, ha espresso soddisfazione per l'operato della Libia³⁰ nel campo dei pattugliamenti e salvataggi in mare. D'altra parte, a partire dall'estate del 2018, il riconoscimento ad opera dell'International Maritime Organization della nuova zona SAR libica e del ruolo svolto al suo interno dal Centro di Coordinamento e Salvataggio Marittimo di Tripoli ha aperto la strada all'esercizio di un "dominio indiretto" europeo su tutto il Mediterraneo centrale. Questo atteggiamento «si scontra con altri ordinamenti giuridici precedenti che regolano» il soccorso in mare³¹, e continua a mietere vittime come portato di quella che Heller e Pezzani hanno definito una «politica di non-assistenza».³²

Anche il 22 aprile 2021, alla vigilia della visita della Ministra degli Esteri al-Manqush in Italia, un nuovo naufragio ha visto la politica europea rendersi responsabile di altre 130 morti nel Mediterraneo.³³

All'indomani della tragedia, il Presidente della Commissione Affari Esteri, Piero Fassino, ha richiamato l'attenzione della Ministra al-Manqush sul "dossier migratorio" definendolo «una parte non piccola della sensibilità dell'opinione pubblica italiana intorno al dossier libico».³⁴ La Ministra ha ri-

²⁸ T. SPIJKERBOER e E. STEYGER, *European External Migration Funds and Public Procurement Law*, in *European Papers*, n. 2/2019, pp. 493-521.

²⁹ Conferenza stampa di Mario Draghi a Palazzo Chigi, 8 aprile 2021, disponibile online all'indirizzo <https://www.la7.it/speciali-mentana/video/mario-draghi-su-erdogan-ha-umiliato-von-der-leyen-e-un-dittatore-di-cui-pero-si-ha-bisogno-08-04-2021-374287>.

³⁰ Si veda il comunicato sulla visita di Mario Draghi a Tripoli reso noto dall'Ufficio della comunicazione della presidenza del Governo di Unità Nazionale, 6 aprile 2021, <https://www.facebook.com/pmGNUmedia/posts/129642219174845> (Arabo).

³¹ K. SANTER, *Governing the Central Mediterranean through Indirect Rule: Tracing the Effects of the Recognition of Joint Rescue Coordination Centre Tripoli*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 2/2019, pp. 141-165.

³² C. HELLER, L. PEZZANI, *Ebbing and Flowing: The EU's Shifting Practices of (Non-)Assistance and Bordering in a Time of Crisis*, Zone Books. Near Futures online, 2016, http://nearfuturesonline.org/wp-content/uploads/2016/03/Heller_Pezzani_Ebbing_2016.pdf.

³³ F. ALBANESE, *Naufragio al largo della Libia, 130 morti: 'Li hanno lasciati annegare'*, su *La Stampa*, 23 aprile 2021, <https://www.lastampa.it/cronaca/2021/04/23/news/la-denuncia-di-alarm-phone-li-hanno-lasciati-annegare-1.40187975/>.

³⁴ Si veda il video dell'audizione disponibile sulla WebTV della Camera dei deputati all'indirizzo <https://webtv.camera.it/evento/17980>.

sposto che il contrasto al traffico di esseri umani e la garanzia dei diritti delle persone detenute nei campi di prigionia in Libia non dovrebbero essere considerati «un dossier libico ma un dossier regionale e internazionale» e che «non è possibile chiedere alla Libia una gestione umanitaria del fenomeno migratorio in assenza di una infrastruttura materiale e culturale» che la renda possibile.³⁵ Al-Maqush ha continuato che la cooperazione internazionale dovrebbe sostenere il paese non solo nel controllo congiunto delle frontiere, soprattutto quelle meridionali, ma anche nella promozione di politiche in grado di riconoscere alle persone migranti il diritto alla sanità, al lavoro e all'alloggio: servizi che attualmente non possono essere garantiti neppure a cittadine e cittadini libici.

Se la Ministra ha poi definito la Libia come un paese di transito, uno sguardo più attento e in prospettiva storica svela come il paese sia stato per anni una meta per lavoratori migranti da tutto il continente e abbia trovato nei flussi migratori una risorsa, prima e più che un problema da gestire.³⁶ Infatti, il controllo dei flussi migratori non è stato individuato come priorità da parte del Governo di Unità Nazionale anche perché le migrazioni a livello intercontinentale saranno di cruciale importanza per sostenere la ricostruzione della Libia. Secondo le stime della Associazione dei Costruttori libici, il paese avrà bisogno di attrarre circa 3 milioni di lavoratori stranieri nei prossimi anni.³⁷ Un interesse che risulta difficilmente armonizzabile con le priorità politiche europee in termini di esternalizzazione delle logiche di contenimento dei flussi migratori. Come ha spiegato Anna Knoll ad Action Aid, tali politiche finiscono per limitare i movimenti di persone anche all'interno dell'Africa, risultando controproducenti per lo sviluppo del continente e, in questo caso, della Libia.³⁸ Anche il capo del dipartimento per il Lavoro e le Migrazioni della Commissione per gli Affari Sociali dell'Unione Africana, Sabelo Mbokazi, ha confermato che, mentre l'UE considera le politiche di apertura di canali d'ingresso legale un aspetto residuale, per l'UA queste costituiscono un tema centrale per la promozione di strategie di sviluppo sostenibile.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A.M. MORONE, *Policies, Practices, and Representations Regarding Sub-Saharan Migrants in Libya: From the Partnership with Italy to the Post-Qadhafi Era*, in P. GAIBAZZI, S. DÜNNWALD E A. BELLAGAMBA (a cura di), *EurAfrican Borders and Migration Management. Political Cultures, Contested Spaces, and Ordinary Lives*, New York, 2017, pp. 129-155.

³⁷ S. ZAPTIA, *Libya needs US\$ 450 billion and three million foreign workers for reconstruction over a five-year period: Libyan Contractors' Union*, cit.

³⁸ ACTION AID, *The Big Wall*, cit.

L'afflusso di lavoratori migranti dal resto del continente sarà dunque una condizione necessaria anche solo per immaginare la ricostruzione della Libia, è il caso che i partner europei ne prendano atto.

IMMIGRAZIONE, GLOBALIZZAZIONE E PANDEMIA: SCENARI (IM) POSSIBILI

Giuseppe Terranova*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Globalizzazione, immigrazione e pandemia. – 3. Un nuovo paesaggio migratorio globale. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'International Migration Outlook 2021¹ dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) osserva che la pandemia ha avuto sui flussi migratori globali un impatto senza precedenti nella storia recente. Per la prima volta dopo diversi decenni, nel 2020 il numero delle richieste di visti e permessi di soggiorno per motivi economici nei Paesi Ocse si è ridotto, con un picco del -72% nel secondo trimestre. I contraccolpi dell'emergenza sanitaria non hanno risparmiato neanche gli immigrati già residenti nei principali Stati avanzati. Alcuni sono rientrati in patria, altri stanno consumando i loro risparmi nell'attesa di una ripresa del mercato lavoro. Negli Stati Uniti, il tasso di disoccupazione della popolazione straniera nella fase pre-pandemica era inferiore di quasi un punto percentuale rispetto a quella registrata fra gli autoctoni, ora è più alto di due punti percentuali. In Svezia, il 60% dell'aumento del numero di disoccupati nella cosiddetta prima ondata ha colpito gli immigrati. Sono casi esemplificativi di un trend registrato in tutti i Paesi per i quali sono disponibili i dati, in particolare in Canada, Norvegia e Spagna. Anche i flussi migratori irregolari hanno risentito delle restrizioni alla mobilità dovute alla pandemia. La Commissione Europea² ha, ad esempio, certificato nel 2020, rispetto al 2019, un calo del 10%, per un totale di circa 114 mila arrivi, la cifra più bassa degli ultimi sei anni.

L'analisi condotta dal gruppo di esperti dell'Ocse trova riscontro nel rapporto *Covid-19 crisis through a migration lens* della Banca Mondiale³. Gli studiosi dell'Istituto di Washington segnalano, inoltre, che nel 2020 le rimes-

* Docente a contratto di Geografia politica ed economica, Università della Tuscia.

¹ OECD, *International Migration Outlook 2021*, Paris, 2021.

² EUROPEAN COMMISSION, *Migration statistics update: the impact of Covid-19*, Brussels, 2021.

³ WORLD BANK, *Phase II: Covid-19 crisis through a migration lens*, Washington, 2020.

se degli immigrati verso i Paesi con un reddito medio-basso abbiano segnato un -7,2%. In termini assoluti si tratta di circa 508 miliardi di dollari contro il record di 554 miliardi rilevati nel 2019. E per l'anno in corso è prevista un'ulteriore riduzione del 7,5%. L'incidenza dei trasferimenti di denaro degli immigrati sul PIL dei Paesi di origine rischia di tornare ai livelli del 1999. Alle ricadute economiche potrebbero aggiungersi anche quelle sociali. Perché con le rimesse materiali calano anche quelle immateriali. È un aspetto quest'ultimo introdotto nella letteratura scientifica internazionale nel 1991 quando, a conclusione di una lunga indagine sulla comunità degli immigrati domenicani di Chicago, l'americana Peggy Levitt⁴ parlò per la prima volta di *social remittances*. Peggy Levitt spiegava che gli immigrati inviano a casa non solo denaro ma notizie e informazioni su norme, usi e costumi, pubblici e privati, osservati negli Stati in cui si sono trasferiti per lavorare e vivere. Questo tipo di rimesse ha per i Paesi di destinazione un'importanza pari, se non superiore, a quelle materiali. Esse, infatti, sono parte di un network transnazionale⁵ basato su un'articolata rete di interscambi che consente agli immigrati e alle loro famiglie di vivere contemporaneamente in due diverse e spesso lontane società. Con il risultato di accorciare la distanza che per tanto tempo ha impedito a chi è più indietro di aggiornare e valorizzare il proprio capitale umano che nel mondo moderno rappresenta il maggior fattore di ricchezza. I destinatari di questo tipo di rimesse non sono solo gli individui e le famiglie degli immigrati ma anche le loro collettività. Perché esse riescono a influenzare e modificare i modelli di gestione della *res publica* e le tradizionali idee che i cittadini hanno circa il funzionamento della politica e della democrazia nei loro Paesi. Senza dimenticare, inoltre, la capacità che le rimesse sociali possono avere come raccordo per gli imprenditori dei Paesi in via di sviluppo nei mercati di quelli industrializzati e l'accesso a nuove linee di finanziamento delle loro attività. Il calo delle rimesse materiali e sociali potrebbe alterare le relazioni tra Nord e Sud del mondo.

2. Globalizzazione, immigrazione e pandemia

Gli esperti dell'Ocse e della Banca Mondiale concordano anche nella definizione dei fattori specifici che spiegano perché la pandemia ha stravolto, si

⁴ P. LEVITT, *Social remittances: migration driven local-level forms of cultural diffusion*, in *The international Migration Review*, vol. 32, n. 4/1998, pp. 926-948.

⁵ S. SASSEN, *A sociology of globalization*, New York, 2007.

vedrà se temporaneamente o definitivamente, le dinamiche dell'immigrazione globale.

L'emergenza sanitaria ha causato una crisi economica globale che ha colpito con maggiore asprezza il settore dei servizi, alle famiglie e alle imprese, che strutturalmente richiede un'elevata forza lavoro straniera, poco qualificata. Hotel, bar e ristoranti, solo per fare alcuni esempi, sono tra gli esercizi commerciali che tra i loro impiegati hanno un grande numero di immigrati, ma anche quelli che più di altri comparti hanno subito le conseguenze dei *lockdown*. Tale quadro, secondo David Autor ed Elisabeth Reynolds⁶ del Massachusetts Institute of Technology, è stato ulteriormente complicato dalle conseguenze dell'innovazione distruttrice del telelavoro. Esso in pochi mesi ha alterato le abitudini di milioni di lavoratori specializzati e qualificati, immigrati e non, soprattutto nelle grandi aree urbane globali. La minaccia del virus ha obbligato in tutto il mondo i liberi professionisti e i manager dell'industria, della finanza, dei media e delle pubbliche amministrazioni nell'esperimento del lavoro da remoto. E per costoro vivere e lavorare da casa anziché, come in passato, fuori di casa, ha avuto come prima, immediata conseguenza quella di rinunciare, almeno in parte, ai lavori in precedenza delegati, per mancanza di tempo o per convenienza economica, ad altri. Per David Autor ed Elisabeth Reynolds, il telelavoro è, insomma, una forma di automazione del mercato del lavoro. È una novità che sembra destinata a ridisegnare nelle metropoli la domanda di immobili, servizi di pulizia e assistenza alle persone, taxi e più generale di quelle tipologie di mansioni richiestissime in passato dai lavoratori qualificati.

È un'analisi che sembra trovare un riscontro pratico, ad esempio, in Europa, come ha di recente riportato il settimanale inglese *The Economist* che nella storica rubrica *Charlemagne*, dedicata agli affari europei, ha pubblicato un approfondimento dal titolo *How the pandemic reversed old migration patterns in Europe*⁷. L'analisi evidenzia che nel 2020 è cresciuto, come mai accaduto in passato, il numero di immigrati dei Paesi dell'Est che hanno lasciato quelli occidentali per rientrare in patria. Si stima, ad esempio, che avrebbero ripreso la strada di casa, 1,3 milioni di rumeni e 500 mila bulgari, mentre Stati come la Lituania avrebbero registrato, per la prima volta nella storia recente, più ingressi che partenze.

⁶ D. AUTOR, E. REYNOLDS, *The nature of work after the Covid crisis: too few low-wages jobs*, in *The Hamilton Project*, n. 14/2020, pp. 1-13.

⁷ *The Economist*, *How the pandemic reversed old migration patterns in Europe*, January 30th, 2021.

Tale inversione dei flussi migratori intraeuropei ha riguardato anche i lavoratori immigrati altamente qualificati. Come conseguenza del telelavoro, infatti, migliaia di manager e professionisti sono rientrati nei Paesi di origine. Essi non hanno però perso né il lavoro, né le relative retribuzioni che garantiscono loro, visti i prezzi mediamente più bassi delle merci e dei servizi in patria, un potere d'acquisto decisamente più alto. Senza contare che il loro *know-how* acquisito all'estero può rappresentare un formidabile patrimonio nazionale: insomma, dal *brain drain* al *brain gain*.

Secondo Emma Israel e Jeanne Batalova⁸ del Migration Policy Institute, la pandemia ha modificato anche i flussi migratori degli studenti internazionali. Nelle Università degli Stati Uniti d'America, ad esempio, nell'anno accademico 2019/2020, rispetto a quello precedente, il numero delle matricole straniere si è ridotto di venti mila unità. È un trend iniziato prima dell'arrivo del virus, ma accelerato dalla pandemia, soprattutto a causa della diffusione della didattica a distanza. È un calo non drastico, ma a livello simbolico rilevante perché è il primo segno negativo che gli USA registrano dal 1965, quando il governo americano con l'*Immigration and Nationality Act* abolì i divieti di ingresso riservati fino ad allora a determinate nazionalità, consentendo a tutti gli studenti internazionali di credere e investire nel sogno americano.

3. *Un nuovo paesaggio migratorio globale?*

La pandemia sembra avere messo in crisi lo storico rapporto tra immigrazione e globalizzazione, si vedrà se temporaneamente o definitivamente.

Su scala micro, l'attuale crisi delle città globali è il simbolo di questo cambiamento. Nel 2002 Richard Florida prevedeva nel suo saggio *The rise of the creative class*⁹, un neo-Rinascimento urbano alimentato dalla concentrazione nelle metropoli di talenti: architetti, artisti, ingegneri, medici, biologi, scienziati, scrittori, etc. Nel primo ventennio degli anni 2000 le *smart cities* localizzate in aree geografiche economicamente e tecnologicamente avanzate, che Richard Florida definisce picchi di eccellenza, hanno dimostrato una eccezionale capacità di attirare *cervelli* e investimenti dall'estero. Sono diventate poli d'avanguardia, spesso scollati dagli Stati che li ospitano territorial-

⁸ E. ISRAEL, J. BATALOVA, *International students in the United States*, in *Migration Policy Institute*, January, 14, 2021.

⁹ R. FLORIDA, *The rise of the creative class*, Paris, 2003.

mente, e collegati fra loro da infrastrutture digitali stabilendo un nuovo potenziale ordine internazionale¹⁰. È un fenomeno che Parag Khanna ha tratteggiato nella sua opera *Connectography*¹¹.

La comunità scientifica si interroga oggi se la pandemia possa ridimensionare il potere acquisito dalle città globali o rappresentare uno stimolo per innovarle cercando di bilanciare competitività, inclusione sociale e sostenibilità.

Nell'ultimo mezzo secolo le grandi aree urbane hanno anticipato e spiazzato quelle più piccole, oltre alle periferie rurali. Il loro moderno e innovativo tessuto sociale, economico e culturale, si è rivelato il terreno ideale per incentivare le interazioni professionali ad alta intensità di conoscenza e comunicazione. Si tratta, in altri termini, di quel capitale intangibile che genera valore aggiunto, dunque, ricchezza, all'economia delle metropoli più avanzate. Questa tipologia di lavoratori altamente qualificati è stata, tuttavia, costretta dalla pandemia a trasferirsi, come abbiamo visto, dagli uffici nei grandi palazzi metropolitani all'online. Tale novità ha causato una drastica riduzione della domanda di servizi che generalmente impiegano un'elevata percentuale di lavoratori stranieri poco qualificati. Il virus ha trasformato in un luogo fantasma le aree urbane e gli spazi pubblici e privati che la caratterizzano.

Non è la prima volta che questo accade. Tuttavia, almeno fino a oggi, nessuna pandemia, peste o disastro naturale ha azzerato il bisogno dell'umanità di vivere e lavorare nei distretti urbani. Come osserva Richard Florida¹² in un suo recente saggio, la paura degli assembramenti, oltre al desiderio di un ambiente salutare, potrà attirare alcuni verso le aree rurali. Tuttavia, altre forze spingeranno le persone verso i grandi centri urbani. Giovani ambiziosi continueranno ad affluire nelle città in cerca di opportunità personali e professionali. Artisti e musicisti potrebbero rimanere in città attratti dal crollo dei prezzi nel settore immobiliare. La crisi potrebbe rappresentare un'occasione per ripensare il concetto di spazio e tempo delle nostre città, rendendole più inclusive e accessibili.

Su scala macro, la crisi del connubio immigrazione e globalizzazione, potrebbe alterare, secondo Henry Farrell e Abraham Newman¹³, le relazioni tra

¹⁰ G. TERRANOVA, *La geopolitica del coronavirus tra isolamento nazionalista e solidarietà globale*, in *Adim Blog*, Analisi & Opinioni, marzo 2020.

¹¹ P. KHANNA, *Connectography*, New York, 2016.

¹² R. FLORIDA, S. PEDIGO, *How our cities can reopen after Covid-19 pandemic*, in *Brookings*, March 24, 2020.

¹³ H. FARREL, A. ABRAHAM NEWMAN, *Will the coronavirus end globalization as we know it?*, in *Foreign Affairs*, March 16, 2020.

Nord e Sud del mondo. Se nelle nazioni avanzate il mercato e l'occupazione sono in crisi, per gli abitanti di quelle relativamente più arretrate rischiano di venire meno, fatta eccezione per i rifugiati, gli incentivi che fino a ieri li spingevano a partire. Una condizione complicata dalla natura della crisi produttiva indotta dalla pandemia che ha colpito il settore dei servizi che soprattutto nell'ultimo ventennio aveva trainato il mercato informale dell'immigrazione, regolare e irregolare. Molte attività commerciali e imprenditoriali saranno costrette a cambiare i loro modelli di organizzazione lavorativa. Tante potrebbero non resistere alla crisi. Altre resisteranno, ma saranno obbligate a ridimensionarsi e, laddove possibile, automatizzarsi per fare profitti pur producendo meno. Anche la domanda di colf e badanti potrebbe calare. In alcuni *cluster* di contagio è scomparsa una generazione di anziani. Le famiglie dei sopravvissuti, impaurite dal rischio contagio, potrebbero rinunciare, sia pur *pro tempore*, al personale straniero per l'assistenza dei loro vulnerabili parenti. L'*ethnic business*, cioè la piccola imprenditoria straniera potrebbe subire la concorrenza degli autoctoni che, avendo perso il lavoro, potrebbero tornare a svolgere occupazioni che avevano abbandonato. In altri termini, in questo scenario potrebbe cambiare l'ultradecennale informale accordo tra Nord e Sud del mondo basato, in via generale, sulla esportazione delle produzioni a minor valore aggiunto dai Paesi industrializzati verso quelli con regimi salariali inferiori. E, all'opposto, sull'emigrazione dai secondi ai primi di lavoratori immigrati, specialmente nel settore del commercio e dei servizi pubblici e privati.

4. Conclusioni

Il gruppo di esperti che annualmente cura l'*International Migration Outlook* Ocse sostiene che quando la fase pandemica sarà superata la mobilità internazionale non ritornerà rapidamente ai livelli pre-crisi. Come osserva Julia Lendorfer nell'introduzione al recente numero speciale *Forecasting Global Migration*¹⁴ del *Migration Policy Practice Journal*, fare previsioni sull'evoluzione dei flussi migratori internazionali è difficile. L'immigrazione è, come sosteneva Marcel Mauss, un fatto sociale totale in cui è coinvolta la totalità della pratica umana, che si articola nell'interazione con l'universo economico, politico, culturale e religioso in cui vive l'uomo. Una complessi-

¹⁴ J. LENDORFER, *Introduction – forecasting global migration*, in *Migration Policy Practice*, Vol. X, n. 4/2020.

tà, quella del fenomeno migratorio, osservata anche da Andrew Geddes nel suo ultimo libro *Governing Migration Beyond the State*¹⁵.

È, ad esempio, notizia di questi giorni l'incremento senza precedenti del numero di migranti arrestati nel tentativo di attraversare la frontiera che divide il Messico dagli Stati Uniti: quasi duecento mila¹⁶ nel primo bimestre 2021.

Non è, dunque, semplice valutare se i cambiamenti in atto nello scenario migratorio globale siano il riflesso temporaneo e condizionato delle misure eccezionali di contrasto al virus messe in atto su scala globale. Oppure il segno di un nuovo mondo che stabilirà regole e dinamiche da definire sui movimenti di popolazione internazionale.

Di certo sappiamo che qualsiasi cambio di comportamenti e abitudini, anche se volontario e temporaneo, può avere sviluppi imprevisti. È un fenomeno che Wilhel Wundt formalizzò con l'espressione *heterogonie der zwecke*, ovvero le conseguenze non intenzionali di azioni intenzionali. Nella sua recente analisi sull'inversione dei flussi migratori intraeuropei, l'*Economist* segnala, ad esempio, che tra gli immigrati dell'Europa dell'Est rientrati negli ultimi mesi a casa sicuri di tornare a emigrare una volta finita la pandemia, sono in aumento quelli che hanno già cambiato idea. Molti hanno deciso di investire a livello personale e lavorativo laddove sono nati. C'è chi con i risparmi guadagnati all'estero ha già inaugurato una piccola impresa. Oppure chi, fiducioso di trovare presto un'occupazione, approfitta del tempo e della qualità della vita tra l'affetto di amici e parenti in spazi abitativi e di comunità spesso più confortevoli di quelli in cui erano relegati fuori dai confini nazionali. Tanto più che dal loro ingresso nell'UE, i Paesi dell'Est hanno registrato una riduzione del gap economico e salariale con quelli dell'Ovest. A parità di mansioni, un lavoratore rumeno in Italia può contare oggi su uno stipendio pari al triplo di quello che guadagnerebbe in patria, ma nel 2010 era pari al quintuplo.

Solo a conclusione dell'imponente processo di vaccinazione universale di massa sarà possibile valutare se e in che termini la pandemia abbia sospeso oppure spezzato lo storico connubio tra immigrazione e globalizzazione incentrato in gran parte sulla capacità attrattiva e dominante del modello economico, politico e sociale occidentale. Nella seconda ipotesi, si tratterebbe di un segnale del tramonto dell'Occidente a favore dell'Oriente e, in particola-

¹⁵ A. GEDDES, *Governing migration beyond the State*, Oxford, 2021.

¹⁶ U.S. CUSTOMS AND BORDER PROTECTION, *Southwest land border encounters*, Washington, 2021.

re, della Cina. La sensazione è che in questo nuovo mondo disordinario tutto sia possibile.

**PARTE II:
L'INTEGRAZIONE DEI MIGRANTI**

IL LAVORO

**LA DIFFICOLTOSA INTEGRAZIONE ATTRAVERSO IL LAVORO
IN TEMPI DI PANDEMIA***

William Chiaromonte**

SOMMARIO: 1. L'integrazione attraverso il lavoro. – 2. Migrazioni economiche *vs* migrazioni umanitarie: una dicotomia da ripensare? – 3. Le politiche di integrazione attraverso il lavoro in tempi di pandemia: lo stallo della procedura di regolarizzazione.

1. *L'integrazione attraverso il lavoro*

Il lavoro e l'integrazione dei migranti sono due aspetti strettamente connessi fra loro, se non altro perché il lavoro rappresenta indubbiamente uno, se non il principale, dei fattori che – oltre a contribuire a determinare la scelta di migrare, dando così luogo alle c.d. migrazioni economiche (ma su questo aspetto si tornerà *infra*, § 2) – possono favorire l'integrazione dello straniero in seno alla società ospitante.

Vale subito la pena sottolineare, peraltro, che solo il lavoro prestato a certe condizioni è idoneo a costituire il motore dell'integrazione, perché è evidente che non ogni forma di lavoro possa essere considerata come un reale strumento di inclusione: si pensi, ad esempio, a quello prestato irregolarmente, o addirittura in condizioni di sfruttamento¹, che di certo non agevola

* Questo contributo riprende e amplia la relazione introduttiva che ha aperto la sessione *Integrazione e lavoro dei migranti* del convegno *Migranti, territorio e lavoro. Le strategie d'integrazione*, organizzato dall'Università del Molise nell'ambito del progetto MeCI (Migranti e Comunità Inclusive) assieme ad ADiM e al Centro di eccellenza Jean Monnet *IntoME – Integration of Migrants in Europe* dell'Università della Tuscia (27-28 maggio 2021).

** Professore associato di Diritto del lavoro, Università di Firenze.

¹ Si vedano, da ultimo, i contributi pubblicati sul n. 2/2021 di *Lavoro e diritto*, dedicati a *L'altro art. 18. Riflessioni giuslavoristiche sullo sfruttamento del lavoro*.

l'integrazione di coloro che sono sovente costretti ad accettarlo, ma che anzi è veicolo di esclusione sociale e di un'esponentiale dilatazione di una già marcata condizione di vulnerabilità.

Nondimeno, si è ben consapevoli che, quand'anche si tratti di lavoro prestato secondo i canoni dettati dalla legislazione lavoristica, la sola partecipazione al mercato del lavoro, pur rappresentando un tassello di fondamentale importanza nell'ottica dell'integrazione, non soddisfa interamente i requisiti dell'inclusione sociale, che comprendono altresì – fra gli altri – l'accesso all'alloggio, all'istruzione e alla sanità, la partecipazione ai processi politici e, più in generale, l'effettiva fruizione dei servizi pubblici o di interesse economico generale da parte dei migranti.

Non è questa la sede per indagare le politiche realizzate, soprattutto a livello nazionale, nel corso degli ultimi anni dai vari attori governativi e che hanno di fatto marginalizzato le politiche per l'integrazione degli stranieri, anche a causa dell'impatto socioeconomico che esse sono inevitabilmente destinate a generare; né, tantomeno, per approfondire il ruolo giocato in tale ambito dal sindacato².

Piuttosto, s'intende qui da un lato dedicare qualche battuta alla dicotomia classificatoria che distingue fra migrazioni economiche e migrazioni umanitarie, sollecitandone un ripensamento, e dall'altro evidenziare lo stallo in cui tutt'ora versa la procedura di regolarizzazione avviata dal d.l. 34/2020 e gli inevitabili riflessi che ne sono derivati in termini di mancata integrazione dei lavoratori stranieri.

2. *Migrazioni economiche vs migrazioni umanitarie: una dicotomia da ripensare?*

Come è noto, nell'ambito dei *migration studies*, come pure (e, anzi, prima ancora) nell'assetto regolativo, ivi compreso quello italiano, si riscontra la consolidata dicotomia classificatoria che distingue fra migrazioni economiche, o per motivi di lavoro, da un lato, disciplinate in maniera prevalente a livello nazionale, e migrazioni forzate, o per motivi umanitari, dall'altro, che sono invece principalmente interessate da una regolazione di carattere internazionale ed europeo.

² Per una riflessione più ampia su tali aspetti cfr. W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *Integrazione e inclusione sociale dei lavoratori migranti. Il ruolo del sindacato*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna, 2020, p. 213 ss.

Non è questa la sede per tornare su un terreno già molto arato, in relazione al quale il dibattito scientifico – penso, in particolare, agli studi che si sono occupati di esplorare le intersezioni e le interazioni fra il diritto dell’immigrazione e il diritto del lavoro – si è diffuso nel corso degli ultimi anni³.

Piuttosto, l’occasione di discutere di lavoro e integrazione dei migranti è propizia anche per sollecitare una riflessione più approfondita sull’attualità e anche sull’utilità di questa bipartizione che, come è stato giustamente messo in luce, oggi riguarda non tanto le diverse manifestazioni del fenomeno migratorio, bensì unicamente il modo in cui esso è regolamentato⁴. Come è noto, si tratta di una disciplina che – con particolare riferimento all’accesso al lavoro – a causa delle «cavillose e burocratiche procedure d’ingresso» e dei «paradossi che ne seguono»⁵ è del tutto inefficace, rendendo particolarmente arduo l’incontro (regolare) fra domanda e offerta di lavoro.

Quel che qui s’intende sottolineare è che la distinzione imposta dalle norme, che si traduce in una pletera di *status* giuridici entro i quali possono essere inquadrati i migranti, è spesso, sul piano fattuale, artificiosa, e per questo andrebbe relativizzata. È chiaro che ipotizzare il possibile superamento di tale distinzione, anzitutto da un punto di vista giuridico, comporti non pochi aspetti problematici, e non solo perché su di essa poggia l’intero assetto normativo.

Non si può, tuttavia, non rilevare quanto sia complesso a livello empirico individuare «dove passa oggi la linea di demarcazione fra il fenomeno delle migrazioni economiche e il fenomeno delle migrazioni forzate», e ciò a causa di una «sempre più evidente antinomia fra le caratteristiche che il fenomeno sta assumendo e la rigidità delle regolamentazioni giuridiche»⁶.

Di conseguenza, ciò che s’intende evidenziare – sia pure con tutte le cautele del caso, e nei limiti di un discorso che qui non può che essere abbozzato – è l’utilità di un’indagine più approfondita circa i veri fattori che determinano la scelta di migrare, che dovrebbe auspicabilmente indurre il deciso-

³ Per tutti, si vedano C. COSTELLO, M. FREEDLAND (eds.), *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law*, Oxford, 2014.

⁴ M. D’ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2019, p. 465.

⁵ F. MARTELLONI, *L’accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale, tra diritto e prassi*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 112.

⁶ M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuridico-lavoristica*, Bari, 2017, p. 34.

re politico ai vari livelli coinvolti da un lato a soppesare l'opportunità e, soprattutto, l'efficacia delle misure adottate per regolare il fenomeno; e, dall'altro, a intervenire per arginare la moltiplicazione, sul versante giuridico, delle fattispecie di tutela, che fra l'altro rappresenta – come una recente ricerca comparata ha ben posto in evidenza – un ostacolo all'integrazione dei migranti nei mercati del lavoro⁷.

Non sempre, infatti, le ragioni per le quali si decide di migrare sono chiaramente inquadrabili nell'una o nell'altra categoria e, di conseguenza, «la tenuta di siffatte definizioni può essere messa in dubbio, specie se si considera che chi cerca protezione internazionale per ragioni umanitarie può poi, ragionevolmente, iniziare a svolgere un'attività lavorativa, e che a chi lavora in condizioni irregolari sono comunque riconosciuti alcuni diritti umani fondamentali in quanto persona»⁸.

In altre parole, la perdurante e rigida distinzione, ai fini delle condizioni legali di accesso e permanenza dello straniero, «tra *migrazione economica* (ed implicitamente volontaria, perché finalizzata alla ricerca di migliori condizioni di vita, ma che, a dire il vero, non trova alcuna cittadinanza nell'ordinamento giuridico) e migrazione forzata, perché determinata da elementi di coercizione tali da non lasciare alternativa alla fuga dal proprio Paese e, che per questo abbisogna di protezione»⁹, appare artificiale e, in fondo, inadeguata a cogliere le molte sfaccettature del fenomeno.

Tale distinzione, in particolare, «oltre a non tenere in dovuta considerazione l'eterogeneità delle condizioni soggettive che sottostanno alla scelta di migrare» – non può certo essere considerata, difatti, frutto di una libera scelta individuale la fuga da una condizione di miseria che privi la persona dei beni indispensabili per un'esistenza dignitosa o, addirittura, per la sopravvivenza stessa¹⁰ – «andrebbe oggi ripensata alla luce dei nuovi assetti economici mondiali e dei cambiamenti climatici del pianeta»¹¹.

⁷ V. FEDERICO, S. BAGLIONI (eds.), *Migrants, Refugees and Asylum Seekers' Integration in European Labour Markets. A Comparative Approach on Legal Barriers and Enablers*, Cham, 2021.

⁸ M. BORZAGA, *Le migrazioni per motivi umanitari e per motivi economici nel quadro regolativo internazionale*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 29.

⁹ G.A. RECCHIA, *L'accesso al lavoro dei migranti economici*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, cit., p. 95.

¹⁰ G. CALVELLINI, *Percorso di lettura sull'inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2020, p. 427.

¹¹ G.A. RECCHIA, *Op. cit.*, p. 95.

Sono proprio questi ultimi fattori, difatti, che più di altri rendono difficile determinare, da un punto di vista giuridico, il carattere forzato o volontario della migrazione¹². Non a caso, di recente la Cassazione ha ammesso la possibilità di riconoscere la protezione umanitaria (nella versione precedente alle modifiche introdotte dal decreto Salvini) anche ai migranti ambientali, e quindi a coloro che si trovano nella necessità di spostarsi dal proprio Paese a causa di eventi indotti dai mutamenti climatici e ambientali, collegando l'accertamento dello stato di vulnerabilità del migrante alla sua possibilità di godere, in Italia, di una serie di beni giuridici fondamentali funzionali a integrare un minimo vitale e che nel suo Paese di provenienza non potrebbero essergli garantiti, specie qualora esso abbia raggiunto un certo livello di integrazione, anzitutto lavorativa, nel Paese ospitante¹³; ne conseguiva per costoro, nell'assetto al momento vigente, non solo la possibilità di lavorare, ma anche quella di convertire, successivamente, l'autorizzazione ottenuta in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro¹⁴.

Peraltro, in Italia una progressiva perdita di significato della distinzione fra migrazioni per motivi economici e migrazioni per motivi umanitari è stata indotta anche dalle già ricordate scelte particolarmente restrittive che sono state compiute nel corso degli ultimi anni in materia di migrazioni economiche: basti pensare al fatto che si è passati dai 250.000 permessi per lavoro previsti dal “decreto flussi” del 2007 ai 30.850 previsti dai “decreti flussi” degli anni 2015-2020¹⁵. Ciò ha determinato, di conseguenza, un utilizzo strumentale dei benefici derivanti dalla protezione internazionale anche da parte di quei migranti la cui mobilità non è propriamente indotta da ragioni umanitarie.

¹² A. BRAMBILLA, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017, p. 2.

¹³ Cass. civ. sez. I, sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455. Cfr. W. CHIAROMONTE, *Migrazioni ambientali, protezione internazionale e inclusione lavorativa: la prospettiva nazionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2022, p. 53 ss.

¹⁴ La protezione umanitaria ha subito nel corso della sua poco più che trentennale esistenza alterne vicende, specie nell'ultimo quinquennio: introdotta nel t.u. nel 1998, è stata poi abrogata dal c.d. “decreto Salvini” (d.l. 113/2018, conv. in l. 132/2018), e infine almeno in parte ripristinata dal c.d. “decreto Lamorgese” (d.l. 130/2020, conv. in l. 173/2020). Le sorti dell'istituto e la sua fisionomia più volte mutata, come è facile immaginare, hanno inciso sull'astratta possibilità che anche i migranti ambientali potessero beneficiarne.

¹⁵ Il decreto flussi per il 2021 (D.P.C.M. 21 dicembre 2021) ha portato a 69.700 gli ingressi consentiti per motivi di lavoro.

3. *Le politiche di integrazione attraverso il lavoro in tempi di pandemia: lo stallo della procedura di regolarizzazione*

Se si pensa a cosa si è fatto o si è tentato di fare di recente, nel quadro dell'emergenza pandemica, per favorire l'integrazione dei lavoratori stranieri, compresi quelli irregolari, il pensiero corre soprattutto all'ennesima procedura di regolarizzazione ed emersione disposta dal "decreto rilancio" del Governo Conte II (art. 103 del d.l. 34/2020, convertito con modificazioni in l. 77/2020) e riguardante i tre settori dell'agricoltura, del lavoro domestico e dell'assistenza alla persona¹⁶.

La sanatoria, come è noto, era stata avviata nel maggio dello scorso anno allo scopo – come si desume dalla lettera dell'art. 103 – di «garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da Covid-19», da un lato, e di «favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari», dall'altro. La procedura è stata, quindi, gravata di due obiettivi: uno sanitario-emergenziale, per garantire il diritto alla salute anche a tutti gli irregolari e, di conseguenza, contenere la pandemia; e uno economico-occupazionale, per soddisfare il fabbisogno di lavoratori in alcuni settori ritenuti strategici.

Sono state complessivamente presentate circa 220.000 domande, considerando quelle proposte nell'ambito dei due diversi canali previsti dalla procedura: il primo, che ha consentito ai datori di lavoro di inoltrare un'istanza per la stipulazione un contratto di lavoro subordinato con uno straniero già presente in Italia prima dell'8 marzo 2020 o di far emergere un rapporto lavorativo irregolare in essere al 19 maggio 2020 con uno straniero già presente in Italia prima dell'8 marzo 2020 (ma anche con un cittadino italiano o UE); e il secondo, che ha invece consentito agli stranieri con permesso di soggiorno scaduto dopo il 31 ottobre 2019, e che avessero già lavorato in uno dei tre settori individuati, di domandare il rilascio di un permesso di soggiorno per richiesta di lavoro di durata semestrale, convertibile in permesso di soggiorno per lavoro qualora, nel termine di durata del permesso temporaneo, fossero riusciti a trovare un'occupazione (sempre in uno dei tre settori richiamati)¹⁷.

¹⁶ M. COLUCCI, *Cosa insegnano trent'anni di sanatorie per gli stranieri*, in *Internazionale*, 20 aprile 2020.

¹⁷ Per un approfondimento cfr. P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, 20 maggio 2020; P. MOROZZO DELLA

In relazione al primo canale, in particolare, le domande sono state presentate prevalentemente nel settore del lavoro domestico e di assistenza alla persona (circa l'85% delle domande trasmesse riguarda questi settori) e non, come ci si sarebbe aspettato, nell'ambito del settore agricolo, ove si è registrato un vero e proprio *flop*, nonostante le macroscopiche carenze di manodopera che caratterizzavano (e caratterizzano tuttora) il settore, e che pure hanno spinto l'Esecutivo ad adottare il provvedimento.

Nei mesi che sono trascorsi dal 15 agosto 2020, quando si sono chiusi i termini per la presentazione delle istanze, l'esame delle domande di emersione è andato avanti con ritmi che è eufemistico definire blandi; si sono accumulati, di conseguenza, gravissimi ritardi, neppure giustificabili alla luce delle comprensibili difficoltà legate alla gestione dell'emergenza epidemiologica e alle conseguenti misure di prevenzione che sono necessariamente state adottate. Per avere un'idea di tali rallentamenti è sufficiente scorrere gli allarmanti dati riportati nelle ricognizioni svolte in relazione allo stato di avanzamento dell'esame delle domande di regolarizzazione ed emersione dai promotori della campagna *Ero straniero*¹⁸. Peraltro, tali ritardi non sono neppure imputabili alla scelta di privilegiare l'esame di altre pratiche, dal momento che presso le Prefetture e le Questure risultano altrettanto rallentati i procedimenti di ricongiungimento familiare e i rinnovi dei permessi di soggiorno.

La situazione di stallo che si è così venuta a creare non ha fatto altro che complicare ulteriormente le prospettive di integrazione di coloro che, una volta presentata la domanda, si trovano tuttora impossibilitati ad accedere ai servizi, alle prestazioni sociali, alle tutele e ai diritti che l'ordinamento riconosce a chi lavora nel nostro Paese. In particolare, nonostante che nelle more della procedura coloro che hanno presentato domanda di regolarizzazione siano considerati regolarmente soggiornanti – ed abbiano quindi diritto a godere della parità di trattamento nell'accesso ai beni e ai servizi rispetto agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per lavoro e, fra le altre cose, all'iscrizione al servizio sanitario nazionale, come confermato dalla Circolare

ROCCA, *La regolarizzazione dei lavoratori stranieri tra molte incertezze e possibili contenziosi*, in *Corriere giuridico*, n. 8-9/2020, p. 1017 ss.; 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, p. 1 ss.; IID., *Migranti, lavoro e pandemia: nuovi problemi, vecchie risposte?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2021, p. 3 ss.

¹⁸ <https://erostraniero.radicali.it>

del Ministero della Salute del luglio 2020¹⁹ – costoro hanno riscontrato notevoli difficoltà a rientrare nella campagna vaccinale per la prevenzione dell’infezione da Covid-19²⁰.

Per far fronte a questa situazione di stallo, il Ministero dell’Interno – sulla scia di quanto previsto dal “decreto rilancio” – ha cercato di correre ai ripari attraverso un ricorso straordinario a nuove assunzioni, anche se di lavoratori in somministrazione, per supportare il personale degli Sportelli unici per l’immigrazione in considerazione dell’inevitabile incremento del carico di lavoro legato alla procedura di regolarizzazione²¹. Il protrarsi delle procedure di selezione e assunzione da parte della società Manpower, tuttavia, dovuto anche alle numerose rinunce degli aspiranti lavoratori, ha rallentato ulteriormente l’esame delle domande di regolarizzazione; e, trattandosi di contratti a termine di durata semestrale, il rischio è che lo stallo si aggravi ulteriormente nel momento in cui tali contratti giungeranno a scadenza.

A complicare ulteriormente la situazione, lo stesso Ministero dell’Interno ha emanato, il 21 aprile 2021, una circolare che è andata in direzione opposta rispetto a quella esigenza di «favorire l’emersione di rapporti di lavoro irregolari» invocata dal “decreto rilancio”, dal momento che essa ha inserito nuovi (e ulteriori) ostacoli sul sentiero già impervio che dovrebbe condurre all’emersione dall’invisibilità²². È necessario, peraltro, segnalare che questa circolare è stata poi corretta, con una nuova circolare dell’11 maggio 2021²³, anche grazie alla ferma presa di posizione di alcune organizzazioni impegnate nella tutela dei diritti dei migranti, da un lato²⁴, e ad una nota congiunta di Cgil, Cisl e Uil, dall’altro²⁵, che ne hanno sottolineato i molteplici profili di

¹⁹ <https://portaleimmigrazione.eu/wp-content/uploads/2020/11/ministero-della-salute-14-luglio-2020.pdf>.

²⁰ Sul punto cfr. C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2019, p. 45 ss.

²¹ L’assegnazione di personale aggiuntivo era difatti stata prevista dallo stesso d.l. 34/2020 (art. 103, commi 23-25).

²² https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/04/21_04_21_Circolare_MinInterno_emersione.pdf.

²³ https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-05/circolare_emersione_11_maggio_2021.pdf.

²⁴ https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/04/Lettera-circolare-Ministero-Interno-21_4_2021.pdf.

²⁵ <https://www.cgil.it/immigrazione-cgil-cisl-uil-dare-permesso-di-soggiorno-per-attesa-occupazione-a-chi-ha-un-contratto-di-lavoro-scaduto-nelle-more-dellesame-della-domanda-di-regolarizzazione/>.

contrasto proprio rispetto alle finalità di emersione sottostanti al provvedimento di regolarizzazione.

Questi recenti e altalenanti sviluppi si sommano al fatto che sul numero dei potenziali fruitori della sanatoria aveva già inciso pesantemente una procedura labirintica, eccessivamente macchinosa, con marcati profili di criticità e condizioni di accesso troppo restrittive²⁶, il che si pone, ancora una volta, in contrasto con le finalità perseguite dal “decreto rilancio”. In tutto questo, gli invisibili per i quali il provvedimento era stato concepito permangono tali, la vita di molte persone continua a restare sospesa nell’attesa di avere una risposta dalle istituzioni, e le prospettive di integrazione dei migranti attraverso il lavoro appaiono sempre più una chimera.

²⁶ W. CHIAROMONTE, M. D’ONGHIA, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria*, cit.

THE NEW BLUE CARD SCHEME:
A SECOND CHANCE FOR EUROPE TO ATTRACT
FOREIGN TALENTS

Mariateresa Veltri*

SUMMARY: 1. Background. – 2. The new ‘make-up’ of the EU Blue Card. – 2.1. The facilitation of the evidence of being highly skilled. – 2.2. The reduction of the salary threshold. – 2.3. The inclusion of highly skilled beneficiaries of international protection. – 3. Unresolved issues. – 4. Final remarks.

1. *Background*

The Directive (EU) 2021/1883 of The European Parliament and of the Council of 20 October 2021 *on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of highly qualified employment and repealing Council Directive 2009/50/EC* entered into force 20 days after its publication in the Official Journal¹.

The previous text² had demonstrated intrinsic weaknesses such as restrictive admission conditions and very limited facilitation for intra-EU mobility,

* Ph.D. in Legal Discipline, ADiM Research Assistant, Università della Tuscia.

¹ Directive (EU) 2021/1883 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2021 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of highly qualified employment, and repealing Council Directive 2009/50/EC.

² Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. The original proposal, initially tabled in 2007 by the European Commission, was watered down after concerns by member states that it would allow Brussels to interfere too much in their national labour markets. Twenty-four member states have signed up for the scheme, whilst UK, Ireland and Denmark, who are not bound by EU Acquis, decided to opt out of the Directive. Hence, the Blue Card was adopted in relative isolation from other migration measures due to the way that the Commission reacted to the veto of its more comprehensive 2001 proposal. Among others, see K. EISELE, *Why come here if I can go there? Assessing the ‘Attractiveness’ of the EU’s Blue Card Directive for ‘Highly Qualified’ Immigrants*, in CEPS, 60/October 2013; see also the reports by: OHCHR, *Rights of Migrant Workers in Europe*, 2011; and IOM, *Migration, Employment And Labour Market Integration Policies In The European Union*, 2011.

as reported in 2014³. This, combined with many different sets of parallel rules, conditions and procedures for admitting the same category of highly skilled workers which apply across EU Member States, has limited *de facto* the EU Blue Card's attractiveness and usage. As already observed⁴, the main elements of the original Blue Card proposal which aimed to attract highly-skilled migrants were «*dropped or watered down*»: a short decision-making deadline; a derogation from the salary threshold for younger workers; and the rules on in-country applications, job mobility and validity of permits.

In that context, in mid-2016 the previous Commission tabled a proposal⁵ as part of the EU's efforts to develop a comprehensive migration management policy – finally based on Article 79 TFEU – and in particular of a new policy on legal migration, contributing to the EU Growth Strategy⁶, in line with Europe 2020 priorities.

The negotiations between the Parliament and the Commission ended at the beginning of 2019. They were resumed in autumn 2020, finally leading to the agreement on 17 May 2021. On 15 September 2021, the revised text of the reform was approved with 556 votes in favor, 105 against and 31 abstentions. On 7 October 2021 Council of the EU adopted the revised text of the Directive on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment (hereinafter the EU Blue Card Directive), with the aim to attract and retain highly-qualified workers, particularly in sectors facing skills shortages.

³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/50/EC on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of highly qualified employment (“EU Blue Card”). According to this report, the numbers admitted with a Blue Card were very modest (i.e. only 15.000 in 2013). Furthermore, eight Member States had set a quota for the number of admissions. To give a term of comparison, in the same year 8.949.783 long-term residents by citizenship were released (Eurostat Data).

⁴ S. PEERS, *The revised Blue Card Directive: the EU's search for more highly skilled non-EU migrants*, in *eumigrationlawblog.eu*, July 2021.

⁵ See the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly skilled employment,. Among the first comments, see S. BELLINI, *EU Blue Card: A promising tool among labour migration policies? A comparative analysis of selected countries*, in *Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, Institute for International Political Economy (IPE)*, Berlin, Working Paper, No. 76/2016.

⁶ See the Communication from the Commission Europe 2020 “*A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*”, COM(2010) 2020, Brussels, 3.3.2010.

With the new rules, on the test bench there are: more inclusive admission criteria; enhanced rights, including intra-EU mobility; family reunification, simplification of procedures for recognized employers. Revolutionary and long-expected is also the broadening of the scope of application, redesigned to include non-EU family members of EU citizens and beneficiaries of international protection.

2. *The new 'make-up' of the EU Blue Card*

The EU Blue Card is a work and residence permit for non-EU/EEA nationals for the purpose of highly qualified employment. It can be requested by foreign workers residing in a non-EU country after obtaining an entry visa with the same reason – even outside the *quota* set by flows decrees⁷ – or by workers legally residing in another EU Country.

Having regard to the Directive (EU) 2021/1883, the new rules establish more inclusive admission criteria (art. 5), grant a high level of access to the labour market and equal treatment (art. 16), extend the subjective scope of application in order to include beneficiaries of international protection and non-EU family members of EU citizens (artt. 3 and 9); facilitate family reunification (artt. 17 and 22) and intra-EU mobility (artt. 20 and 21); simplify the procedures (artt. 9 and 11), especially for *recognised* workers (art. 13).

Among the condition of admission, the applicant has to present a work contract or a binding job offer of a minimum of 6 months (instead of 1 year), as well as evidence of higher qualifications or professional skills. In particular, a foreign worker who wants to apply for a Blue Card visa has to: (1) have a valid work contract or binding offer of highly qualified employment for at least six months; (2) be offered a gross annual salary that meets the threshold

⁷ A “quota” is defined as the share of a total that is assigned to a particular group. In Europe, Member States do apply quotas or limits as measures to manage labour migration from third countries. In Italy, the art. 27 and following of the Legislative Decree n. 286/98 (“Testo Unico sull’immigrazione”) provide for a series of categories of workers for whom the authorization (“nulla osta”) for work is either not necessary or, when it is required, is issued outside of the quotas periodically established by the flow decree. This system shows indeed an emergency approach, without intervening on distortions in the labor market that often drag on to the detriment of the dignity of workers and healthy competition. For an historical reading on the Italian experience, see A. ALGOSTINO, *L’immigrazione come dato strutturale e non come emergenza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019.

set by Member States (although lower salary thresholds may be applied in some cases, e.g. for recent graduates or professions in particular need of workers); (3) fulfil, as the case may be, the regulatory conditions set out for the exercise of the specific profession, or (3.1) have relevant higher professional qualifications, for unregulated professions. In case of IT workers, they have to prove relevant «higher professional skills».

Having regard to this, it is not possible to conduct an in-depth analysis of the entire text; nevertheless, some bullet points about the most important reform interventions are worth mentioning.

2.1. *The facilitation of the evidence of being highly skilled*

As to the *qualifications*, the revised concept of «highly qualified employment» (art. 2) refers to *paid* employment – self employed workers, service providers, entrepreneurs are not included though – in accordance with national law and practice, by a person having the necessary competence, to be proven by «*higher professional qualifications*». The latter can be now attested by either "higher education qualifications" (i.e. the successful completion of a post-secondary higher education or equivalent tertiary education programme, corresponding at least to level 6 of ISCED 2011 or to level 6 of the European Qualification Framework) or by «*higher professional skills*» (i.e. skills attested by at least three years of professional experience of a level comparable to higher education qualifications and relevant to the work or profession to be carried out). As an option, Member States might accept admission of those with five years' professional experience in a field. Invariably, the level of required skills remains the same, but it becomes mandatory for Member States to recognise professional experience as an alternative to education qualifications (artt. 2 and 26).

In sum, exempting applicants from providing certain documents, as well as subjecting them to shorter deadlines for notification of the decision, appears to be a measure in line with the more inclusive scheme that the Commission wanted to achieve. However, in practice, the recognition procedures vary considerably amongst Member States and are often lengthy and burdensome⁸, representing an additional hurdle for migrants wishing to integrate into a Member State's labour market.

⁸ See E. DAHLBERG ET AL., *Legal obstacles in Member States to Single Market rules*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, PE 658.189 -November 2020, available at www.bruegel.com.

2.2. *The reduction of the salary threshold*

The reform reduces the salary threshold for applicants to at least 100% and not more than 160% of the average gross annual salary in the Member State of employment, differently from the previous 150% minimum with no upper limit. Optionally, the threshold may be further cut by Member States by 20% for recent graduates (within the last three years) and for some jobs (managers and professionals), but the reduced threshold cannot go below the average national salary. According to Article 5(3), the salary threshold should be chosen also within the range of the lower and upper limits, *after consulting the social partners in accordance with national practices*.

Such a measure, it has been observed⁹, does not represent a revolutionary intervention. Indeed, since most Member States already apply the 1.5 average salary threshold, they are not required to change it to meet the new law's requirement of a threshold between 1 and 1.6 times national average salary. In this sense, despite the achievement of a higher level of harmonization thanks to the establishment of lower and upper limits, Member States remain in control over the level of the salary threshold which will be calculated on a national average of the wages, and over the shortage occupations to which a lower threshold will apply. Hence, the reformed scheme does not prevent the general reluctance of Member States. Some of them are particularly determined to retain national schemes for admission of highly qualified workers and may wish to retain a gap between the salary thresholds in EU and national schemes, as they: (i) will not reduce the salary threshold for the Blue Card scheme; or (ii) will not use the relevant optional derogations to reduce the threshold for some groups of workers.

2.3. *The inclusion of highly-skilled beneficiaries of international protection*

The new text complements the "Qualification Directive"¹⁰ to the extent that the scope of this proposal is finally extended to highly skilled beneficiaries of international protection as defined by the article 2(a), as well as non-EU

⁹ S. PEERS, *The revised Blue Card Directive: the EU's search for more highly skilled non-EU migrants*, in *eumigrationlawblog.eu*, July 2021.

¹⁰ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast).

family members of EU citizens as mentioned above. Refugees or beneficiary protection holders will be given access to the EU Blue Card scheme and will be enabled to take up employment across Member States in accordance with their skills and education, filling occupational shortages in particular regions.

According to the Chapter IV of the Blue Card Directive, they have a wide set of rights and benefits as Blue Card holders, including: to enter, re-enter and stay in the territory of the EU Member State issuing the Blue Card; to be treated in the same way as nationals of the concerned Member State in terms of working conditions, education and training, social security and access to service; to accumulate periods of residence in different Member States to be eligible for an EU Long-Term residence permit (LTR)¹¹, request family reunification and the labour market accessing the Member State having granted them protection (Whereas n. 16). A corollary of such a switch is expected to be much more liberal family reunification rights.

Next, the text adopted stresses that the status of a beneficiary of international protection is *independent* of whether the beneficiary is also an EU Blue Card holder and the validity of that EU Blue Card. As such, beneficiaries of international protection may be able to leverage themselves out of the more restrictive provisions of the Common European Asylum System, in particular with regard to family reunification by convincing their employers to seek Blue Cards for them. Member States are encouraged to facilitate the recognition of documents attesting the relevant higher professional qualifications of the concerned third-country national and, as regards beneficiaries of international protection who may not have the necessary documents, to «establish arrangements for the appropriate assessment and validation of their prior higher education qualifications or, where relevant, higher professional skills» (Whereas n. 23). This constitutes a very positive encouragement since at an early stage refugees or subsidiary protection holders usually cannot rely on proven documentation or past records to assess their skills and qualifications¹².

3. *Unresolved issues*

At first glance, the adopted scheme seems to overcome several previous

¹¹ Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

¹² B. GALGÓCZI, *Betwixt and between: Integrating refugees into the EU labour market*, in *etui.org*, 2021.

bureaucratic obstacles, which hindered intra-EU labour mobility for European citizens as well as for immigrants from third countries. A closer look, however, reveals that some issues are still open.

First, despite the declared attempt to reduce the gap between national and Blue Card scheme, the new rules seem to set only minimum standards, leaving much leeway to Member States through many discretionary provisions and references to national legislation.

Since the impact assessment of mid-2016¹³, parallel national schemes were considered «neither effective nor efficient», with the «complexity of the current regulatory framework for recruiting» highly-skilled workers creating costs and administrative burden.

As a compromise, the new law tiring out of the tunnel only indirectly impacts national schemes for admission of highly qualified workers, as it co-exists with national law.

As noted in doctrine¹⁴, the initial coercive approach of the proposal – according to which Member States would have been to transform their national systems into Blue Card ones with no competing national schemes – was gradually abandoned in the negotiations «at the behest of a (limited) number of Member States which most firmly wanted to retain the possibility of maintaining and developing schemes tailored specifically to meet the requests of their employers».

Accordingly, the Council confirmed its position in the sense of maintaining the possibility of such schemes. Nevertheless, contrary to the previous Directive 2009/50/EC, the adopted text does not allow Member States to have parallel national schemes targeting the same group of highly skilled workers. This means that they may only issue national permits to third-country national workers not falling under the scope of the Directive, within the limitations set out in other EU legislation in the field of legal migration. Therefore, parallel national schemes will still exist but their attractiveness, compared to the Blue Card scheme, will be reduced¹⁵.

¹³ See the Executive Summary of the Impact Assessment, Document SWD (2016), on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly skilled employment.

¹⁴ E. GUILD, *A New Blue Card Scheme? The Commission's proposal for highly skilled migration into the EU*, in *eumigrationlawblog.eu*, July 2016.

¹⁵ In all EU legal migration schemes that have been adopted since 2009 (for intra-corporate transferees, seasonal workers, students, and researchers), parallel schemes of Member States have been abolished and streamlined into one system to improve clarity. As such, it is a demonstration of the EU efforts to support its Member States in making their

Similarly, Member States can only retain pre-existing treaties on highly qualified labour migration with non-EU countries, but not sign new ones. Finally, the adopted text reverts to the *status quo* that new bilateral or multi-lateral agreements are possible (see art. 4, most favorable provisions).

Second, the EU Blue Card scheme would have been much more courageous if it had included also *persons seeking international protection and awaiting decision* on their status or to those who are beneficiaries of temporary protection or residing in a Member State on a strictly temporary basis. The Reception Directive requires Member States to allow asylum seekers to work if they are more than 12 months in a country without having received a decision on their application. However, many Member States have been positively experienced more favorable conditions on time period, allowing asylum seekers to get access to the labour market immediately (e.g. in Sweden¹⁶) or at the latest within twelve months of lodging an asylum application¹⁷.

Additionally, as the current pandemic highlighted¹⁸, third-country workers are overrepresented in several key sectors (agriculture, health care, domestic workers). If under normal circumstances they have to cope with several barriers to labour market integration¹⁹, conversely asylum seekers and refugees have proven to be crucial during the pandemic in the support of local communities²⁰.

labour markets more visible and competitive in the global race for talent.

¹⁶ ECRE Working Papers on asylum and migration experience in Sweden, reported by H. AKARI, *Asylum seekers in the eu labour market: the example of Sweden*, available at www.ecre.org, 2019.

¹⁷ In Portugal the right to work is provided after one month the asylum seekers have formally requested for the international protection. In Belgium, Denmark, Finland, Italy, Poland and Spain they can work sixty days. In Luxembourg and Slovenia, asylum seekers can work after nine months with peculiar conditions. In Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Romania and Slovakia after twelve months. In France, Germany, Hungary and Latvia however they are subject to a resident labour market test to ensure that the position could not be filled by a member of the domestic labour force.

¹⁸ See the study of F. FASANI, J. MAZZA, *Immigrant Key Workers: Their Contribution to Europe's COVID-19 Response*, April 2020.

¹⁹ IOM 2021, Report on *Labour-market integration of resettled refugees in the European Union*, available at www.iom.org.

²⁰ CEDEFOP (European Centre for the Development of Vocational Training). 2020a. *Refugees Easing Covid-19 Skills Shortages: Lessons for the Future*, Skills Panorama.

4. *Final remarks*

The European Union has a relatively strong attractiveness for highly educated potential migrants; however, it counts low numbers of highly skilled workers attracted to EU and low retention rates of talent. To fill this gap, policies might consider attractiveness as *multifaceted*²¹, therefore addressing multiple factors and components such as, not only wages and working conditions, but also social security, tax regimes, educational systems – especially if families are involved – administrative burden, a society's attitude towards immigrants, security and long-term career and residence prospects.

Since the EU is currently losing the *global race for talent*²², falling behind other OECD countries (such as USA, Canada, and Australia), the expectations on the impact of this reformed Directive are very high, also considering the Global labour migration trends²³ – between 2017 and 2019 the number of people migrating for work internationally increased from 164 to 169 million. Brexit is also relevant in this respect²⁴: since British citizens no longer benefit from the freedom of movement within the European Union, various Member States (e.g. Germany) are encouraging them to come and work there, by applying for a EU Blue Card, which can now be regarded as one of

²¹ The definition of «attractiveness» is controversial so that this concept has to be taken carefully. See J. SOLLARI LOPES, S. QUARESMA, M. MOURA, *Labour market attractiveness in the EU*, in *Eurostat*, 2018, where the research considered 17 variables from 6 Eurostat data sets with information on demography, earnings structure, education and training, life conditions, employment and unemployment, and national accounts. About the “multifaceted” concept, see also OECD/European Union (2016), *Recruiting Immigrant Workers: Europe 2016*, Recruiting Immigrant Workers, OECD Publishing, Paris, available at www.doi.org.

²² R. MÜNZ, *The Global Race For Talent: Europe's Migration Challenge*, bruegelpolicybrief, March 2014. G. PAPADEMETRIOU, M. SUMPTION, *Attracting and Selecting from the global talent pool*, Migration Policy Institute, 2016; L. CERNA, *The Race for Global Talent. All countries need it, but some seem to want it more than others*, Berlin: Population Europe, 2016. About the US debate, see A. SHACHAR, *The Race for Talent: Highly Skilled Migrants and Competitive Immigration Régimes*, New York University law review, February 2006, pp. 148-206.

²³ See the ILO 2021 report on *Global Estimates on International Migrant Workers. Result and Methodology*, available at www.ilo.org.

²⁴ On the UK perspective, see J. WADSWORTH, *EU Go? Brexit, the UK Labour Market and Immigration*, Fiscal Studies, vol. 39, no. 4/2018, pp. 625–649; also J. PORTES, *Free Movement After Brexit: Policy Options, the UK in a changing Europe*, available at www.ukandeu.ac.uk, 2017.

the most attractive residence permits. Member States will have a two-year period to bring their national legislation in line with the Directive. Yet, national schemes tailored to domestic needs might offer greater flexibility. According to this, the competition and differences between the Member States are not an obstacle. They might be rather engaged in a sort of “reinforced and integrated” cooperation between different subsets of members, offering beneficial packages amongst themselves²⁵.

To conclude, the overall impression is that not much is to be expected in the months to come as long as the revision of the Long-Term Residents Directive (2003/109/EC) and a review of the Single Permit Directive (2011/98/EU) will not be completed, as well as the other measures put forward by the Communication on a New Pact on Migration and Asylum in a more comprehensive policy approach²⁶.

²⁵ The causes of failure are not to search in the Blue Card instrument *per se*, but rather in the ways this has been implemented in the single Member States. To give some examples of the competition intra-EU before the reform, see the Austrian *Red-White-Red Card*; the French “*Passeport Talent*”; the Portuguese “*Tech Visa*” in the area of technology and innovation. Interesting the experience in Sweden, where there is no difference between unskilled and skilled worker immigration, the Immigration Office encourages to use the national standard work permit, since the EU blue Card «in other EU countries [these permits] can have certain perks but in Sweden there are no additional perks and only extra requirements. As such most people choose to apply for a standard work permit». Conversely, in Germany, where the largest share of EU Blue Cards among EU countries is issued (some 84%³) there are no other national immigration programmes competing with the EU Blue Card. The proliferation of parallel national admission schemes has offered some inventive ideas to refine and advance the current system and to iron out some of the quirks in the current version. See the recommendations of 16 European think tanks AA.VV., *Think Global-Act European. IV Thinking Strategically about the Eu’s External Action*, April 2013, available at www.institutdelors.eu.

²⁶ See also S. SAROLEA, *Legal migration in the “New Pact”: modesty or unease in the Berlaymont?*, available at eumigrationlawblog.eu, February 2021.

IMPIEGO DI LAVORATORI STRANIERI E STATO DI BISOGNO:
TRA LIBERTÀ DI AUTO-DETERMINAZIONE
E TACITA ACCETTAZIONE DELLO SFRUTTAMENTO

Francesco Gargallo di Castel Lentini*

SOMMARIO: 1. Introduzione: Lo sfruttamento del lavoratore straniero tramite la violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo e della corresponsione di una giusta retribuzione. – 2. L'assoggettamento dei lavoratori stranieri alle direttive datoriali. – 3. Il fenomeno sociale di fronte al contesto normativo. – 4. Stato di bisogno tra coscienza e necessità: la tacita accettazione dello sfruttamento lavorativo come mancanza di alternative esistenziali. – 5. Auto-determinazione di una persona o etero-determinazione in ambito processuale?

1. *Introduzione: Lo sfruttamento del lavoratore straniero tramite la violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo e della corresponsione di una giusta retribuzione*

Attraverso l'emissione di un'ordinanza di convalida di sequestro preventivo e contestuale decreto emesso in data 4/9/2020, il Gip del Tribunale di Brescia disponeva il sequestro preventivo di un impianto di autolavaggio per veicoli poiché all'indagato proprietario veniva contestato di aver impiegato alcuni lavoratori stranieri, di fatto inducendoli ad accettare la proposta a condizioni di sfruttamento, traendo giovamento economico dal loro stato di bisogno e retribuendoli attraverso un pagamento orario compreso tra Euro 1,67 e 5,51.

Il fatto risultava, quindi, in palese difformità rispetto a quanto previsto dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali¹, anche perché all'indagato veniva contestato di aver redatto a tal fine una falsa busta paga con l'indicazione di un ammontare di ore di lavoro non corrispondenti a quelle effettivamente prestate.

Una prima indicazione circa lo stato di bisogno emergeva dalle dichiarazioni rilasciate agli operanti dai lavoratori pakistani, i quali sostenevano di

* Dottorando di ricerca in Teoria dei Contratti, dei Servizi e dei Mercati, curriculum diritto pubblico, Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

¹ V. art. 603 bis, comma 2, n. 1, c.p.

svolgere l'attività lavorativa presso l'autolavaggio in questione, sia di mattina che di pomeriggio, così come peraltro accertato dalle indagini promosse dalla competente Procura della Repubblica; così, gli orari, risultando non di poco superiori rispetto a quelli dichiarati nella busta paga, rendevano limpido il percepimento di un salario non proporzionato al lavoro svolto.

Le persone offese dal reato di sfruttamento dichiaravano, in verità, di aver accettato tali precarie condizioni di lavoro, e di averlo fatto in quanto non era stato possibile trovare una posizione lavorativa altrove. Gli stessi sostenevano, inoltre, di non essere stati sottoposti ad alcuna visita medica e di non essere in grado di comprendere il contenuto riportato nella medesima busta paga.

2. *L'assoggettamento dei lavoratori stranieri alle direttive datoriali*

La Suprema Corte, ai fini della decisione, prendeva in considerazione l'analisi di un aspetto in particolare: l'assoggettamento dei lavoratori pakistani al datore di lavoro. Ciò si manifestava, in sostanza, nelle dichiarazioni rese da questi ultimi al difensore dell'imputato in sede di indagini difensive, esternazioni peraltro inerenti a circostanze non indagate in sede di sommarie informazioni.

In questo senso, i giudici del Tribunale rilevavano che dovesse dubitarsi della credibilità di tali dichiarazioni in base al fatto che i lavoratori stranieri, non comprendendo bene il contenuto della busta paga e impossibilitati a trovare un'altra posizione lavorativa, dovessero considerarsi come persone assoggettate a qualunque necessità del datore di lavoro. Così, i medesimi giudici non ritenevano irragionevole supporre che gli stessi fossero stati indotti a rilasciare dichiarazioni in favore dell'indagato indirizzate finanche a ridimensionare il peso delle accuse mosse nei suoi confronti.

Il Tribunale si è quindi basato su queste allegazioni probatorie per rilevare prima e confermare poi l'esistenza del *fumus commissi delicti*, ritenendole nulle e prive di una qualsivoglia aderenza alla realtà storico-fattuale. In questi termini, il percorso logico e argomentativo che ha portato anche la S.C. a sposare il contenuto della decisione cautelare risultava ancorato alla rilevanza dello stato di bisogno dei lavoratori stranieri. A ben vedere, ciò è avvenuto in conformità con un altro recente orientamento giurisprudenziale², ove veniva stabilito che l'art. 603-*bis* fosse idoneo a punire chiunque recluti manodope-

² Cass. Pen., sez. V, sent. 16 gennaio 2018, n. 7891.

ra allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, sulla base dell'unico requisito dello stato di bisogno dei lavoratori e senza che sia richiesta, per l'integrazione della norma incriminatrice, una specifica finalità di lucro.

In sostanza, nel procedimento che qui si discute, veniva effettuata un'interpretazione letterale della norma incentrata a ricercare e tutelare anche solamente una situazione di vulnerabilità lavorativa per evitare che lo stato di bisogno di un lavoratore possa essere sfruttato da un'altra persona.

3. *Il fenomeno sociale di fronte al contesto normativo*

Lo sfruttamento del lavoratore straniero in stato di bisogno è un fenomeno ormai ben conosciuto dalla giurisprudenza penale di riferimento. Negli ultimi trent'anni, infatti, anche a causa dell'incremento dei flussi migratori verso l'Italia, è stata registrata una notevole attenzione da parte dei giudici di legittimità al fenomeno che qui si discute, e si è potuta notare, all'interno dei diversi procedimenti penali, una progressiva e sempre più marcata attenzione all'elemento psicologico dello stato di bisogno.

A livello normativo, la tutela dallo sfruttamento del lavoro si è introdotta nell'ordinamento giuridico italiano proprio al fine di rendere più limpide le condotte riconducibili alle diverse forme dello sfruttamento di manodopera. Ciò è avvenuto dapprima con l'inserimento dell'art. 603-*bis*, sanzionatorio della *intermediazione illecita*³ e poi, con l'entrata in vigore della l. n. 199/2016, con l'aggiunta, all'interno della stessa norma, della previsione delittuosa dello *sfruttamento del lavoro*. In questo modo, al fenomeno di cui si discute è stata introdotta un'ulteriore tutela attiva: alla prevista sanzionabilità delle condotte idonee a reclutare manodopera allo scopo di destinarla al lavoro in condizioni di sfruttamento, per fini di lucro personali, è stata affiancata dal legislatore al c. 1 n. 2 la censura dei comportamenti che, in spregio delle più elementari forme di rispetto della dignità umana, utilizzino, assumano o impieghino direttamente i lavoratori in condizioni di sfruttamento.

Prima di entrare nel merito della vicenda, ad ogni modo, occorre effettuare una breve riflessione sulla struttura della norma incriminatrice, avuto riguardo alle diverse condizioni di sfruttamento. Il comma 3 dell'art. 603-*bis*,

³ Articolo inserito dall'art. 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modif., in legge 14 settembre 2011, n. 148.

infatti, promuove un'«indicizzazione»⁴ delle condotte censurabili: questi indicatori, invero, non sono posti a corredo del fatto tipico. Infatti, la loro mera esternalità non andrebbe a ledere le garanzie fondanti del principio di legalità. Così, le quattro previsioni indicizzate nella norma (1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative degradanti) non possono consentire una qualsivoglia forma di presunzione dello sfruttamento poiché, in quel caso, andrebbero a ledere i principi di garanzia posti alla base della materia processuale penale⁵.

Il risultato di tutto ciò pare coincidere con il fatto che nessuno degli elementi costitutivi della norma incriminatrice risulti, nella sostanza, capace di individuare le condotte meritevoli di sanzione penale, anche poiché le sopramenzionate condotte censurabili risultano spoglie di un qualsiasi riferimento allo stato di bisogno del lavoratore e, dunque, appaiono disancorate dal bene giuridico tutelato dall'art. 603-*bis* c.p. La mera introduzione all'interno della norma dell'elemento dello «stato di bisogno» risulta, semmai, utile ad evidenziare un disvalore della condotta censurabile, anche se non risulta capace di individuare un disvalore oggettivo del fatto punito⁶, con il rischio che lo stesso risulti poco offensivo.

4. *Stato di bisogno tra coscienza e necessità: la tacita accettazione dello sfruttamento lavorativo come mancanza di alternative esistenziali*

Nella giurisprudenza di legittimità risulta ormai consolidato il principio di diritto in base al quale ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., risulta sufficiente la sussistenza di anche uno soltanto degli indi-

⁴ A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento dell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 3/2018, pp. 3 ss.

⁵ V. TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis c.p. tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2019.

⁶ A. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2017, pp. 234 ss.

ci dello sfruttamento presenti nella norma e l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori può ricavarsi dalla condizione di clandestinità degli stessi, che li rende disposti a lavorare in condizioni disagiate⁷.

Di recente, la S.C. è stata chiamata a dover valutare l'idoneità dei suddetti «indici» a rilevare un'antigiuridicità penalmente rilevante e non, invece, ad evidenziare solo una presunta irregolarità lavorativa. In particolare, la rilevanza di quell'intervento risiedeva nel fatto che il supposto sfruttamento non fosse scaturito da un ambito lavorativo «in nero» e che lo stesso non vedesse quali vittime gli stranieri irregolari, bensì derivasse da un regolare rapporto di lavoro formalizzato con persone dotate di permesso di soggiorno. È stato, così, rilevato il fatto che, in dette situazioni, il carattere dello sfruttamento divenga meno riconoscibile e «l'indicizzazione» di cui all'art. 603-*bis*, comma 3, c.p. potrebbe al massimo evidenziare un'ipotesi di lavoro irregolare⁸.

Sulla scia di questo ulteriore intervento giurisprudenziale può essere inserita anche la sentenza qui commentata. Come visto, infatti, l'orientamento del giudice di legittimità ha inteso includere nelle condotte meritevoli di censura ex art. 603-*bis* c.p. anche quelle non (più) caratterizzate dall'imputazione di un fatto di reato da parte delle persone offese. In altri termini, la S.C. – con riferimento al contenuto delle dichiarazioni rese al difensore dai dipendenti parte offese, in sede di indagini difensive – ha validato l'assunto del giudice cautelare che aveva rilevato, attraverso un ampio percorso logico-argomentativo, che dovesse seriamente dubitarsi di tali dichiarazioni laddove si consideri che si trattava di esternazioni rese da persone straniere, risultate lavorare in condizioni di assoggettamento alle direttive datoriali e in contesto di evidente isolamento sociale. In questo senso, non è stato irragionevole supporre che, nelle more delle indagini preliminari, gli stessi lavoratori stranieri siano stati indotti a rilasciare dichiarazioni in favore dell'allora indagato, allo scopo di ridimensionare la gravità delle accuse mosse in precedenza nei suoi confronti.

Così, per la prima volta, una pronuncia giurisprudenziale di legittimità si è incaricata di «stanare» la rinnegata vulnerabilità psicologica di un lavoratore immigrato.

In sostanza, si è potuta notare un'attenzione particolare a un elemento

⁷ *Ex plur.* Cass. Pen., sez. V, sent. 12 gennaio 2018, n. 17939; Cass. Pen., sez. V, sent. 16 gennaio 2018, n. 7891; Cass. Pen., sez. IV, sent. 27 settembre 2018, n. 54024; Cass. Pen., sez. V, sent. 23 novembre 2016, n. 6788; Cass. Pen., sez. V, sent. 18 dicembre 2015, n. 16735.

⁸ M. GALLI, *Sfruttamento del lavoro e "stato di bisogno" legato alla condizione di straniero*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, maggio 2020.

costitutivo dello stato di bisogno: la mancanza di alternative esistenziali⁹. Questa caratteristica, dal punto di vista umano e sociale, rende lecito il fatto di poter arrivare a contraddire finanche sé stessi, o rinnegare quanto in precedenza sostenuto, per la necessità di percorrere l'unica possibilità di sopravvivenza.

Le considerazioni effettuate dalla Corte non risultano, in questo senso, contraddittorie con il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia. Anzi, costituiscono un ulteriore elemento di valutazione per l'accertamento delle condotte penalmente rilevanti *ex art. 603-bis c.p.*

5. *Auto-determinazione di una persona o etero-determinazione in ambito processuale?*

È questo l'interrogativo che si è posto la Suprema Corte nel valutare, sebbene solo ai fini cautelari, l'accertamento dei fatti di cui si discute.

La possibilità di «determinarsi», come noto, è un diritto globalmente riconosciuto a ciascun essere umano e si sostanzia con tutti quegli atti personalissimi volti a gestire, in autonomia, le scelte della propria vita.

Come può notarsi all'interno della vicenda procedimentale in esame, la personalità e le esternazioni di ciascuno dei lavoratori stranieri sono risultate essenziali per la ricostruzione del fatto storico: sebbene questi ultimi avessero dichiarato – in sede di sommarie informazioni testimoniali – di svolgere l'attività lavorativa sia di mattina sia di pomeriggio, con orari ampiamente superiori rispetto a quelli dichiarati in busta paga e di percepire un salario orario inferiore di media ai 3 Euro, al difensore dell'indagato, invece – stavolta in sede di indagini difensive – gli stessi sconfessavano quanto in precedenza sostenuto e dichiaravano di aver espressamente accettato le condizioni di impiego in quanto non avevano trovato altre possibilità di lavoro.

⁹ A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2019, pp. 18 ss. Egli ha sostenuto che, sul punto, possano essere dati per acquisiti tre risultati: a) per un verso, resta confermata l'impossibilità di ridurre lo stato di bisogno alla situazione necessitata rigorosamente definita dall'art. 54 c.p. come causa di giustificazione; b) per altro verso, l'accezione ampia dello stato di bisogno non può comunque essere ridotta al contenuto esclusivamente patrimoniale espresso dall'interpretazione civilistica quali la carenza di liquidità o le difficoltà economiche momentanee; c) l'ampliamento verso un'accezione non esclusivamente patrimoniale, come mancanza di alternative esistenziali.

Così, i lavoratori stranieri hanno fatto valere l'esplicita accettazione delle condizioni di lavoro quale espressione della propria auto-determinazione e, di conseguenza, hanno rinnegato di essere stati sfruttati in ambito lavorativo.

Occorre ricordare che, sul punto, la giurisprudenza di legittimità¹⁰ è intervenuta con costanza nel ribadire che debba ritenersi carente la motivazione sulla base della quale si affermi la responsabilità del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. avendo riguardo soltanto agli elementi indicativi dello sfruttamento, senza che risulti dimostrata la sussistenza anche dell'altro elemento necessario, costituito dall'impiego di violenza, minaccia o intimidazione.

A questo punto è utile formulare una breve considerazione. Le dichiarazioni effettuate dai lavoratori stranieri in sede di indagini difensive, in quanto successive e contrastanti con quelle rese alla Polizia in sede di S.I.T., hanno fatto rilevare una contraddizione oggettiva. La Suprema Corte, infatti, ha ritenuto doversi dubitare del pieno esercizio della loro libertà di auto-determinarsi, in quanto i lavoratori stranieri sono risultati fortemente assoggettati a ciò che veniva impartitogli dal datore di lavoro.

In questo senso, pare potersi rilevare una sorta di «etero-determinazione processuale», dove le dichiarazioni rese in seconda battuta dai lavoratori stranieri sembrano essere state determinate e direzionate da altri a fronte, con probabilità sufficientemente rilevante, del pericolo di perdere il lavoro e di cadere in una situazione di ulteriore isolamento sociale.

¹⁰ Cass. Pen., sez. V, sent. 18 dicembre 2015, n. 16735; Cass. Pen., sez. V, sent. 4 febbraio 2014, n. 14591.

L'INCLUSIONE E I DIRITTI SOCIALI

A PROPOSITO DI INCLUSIONE. TRA NUOVE SFIDE E OPPORTUNITÀ

Eliana Augusti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Coesione e Valori. – 3. Resilienza. – 4. «Accademia urbana» e Università. – 5. Esempi virtuosi.

1. *Introduzione*

Il bilancio a lungo termine dell'Unione Europea, unito a NextGenerationEU, lo strumento temporaneo pensato per stimolare la ripresa della nuova Europa al tempo del post-Covid, si è tradotto nel pacchetto più ingente di misure di stimolo mai finanziato dall'Unione. Un'opportunità senza pari che guarda per la maggior quota a irrobustire le politiche di coesione per il periodo 2021-2027. Più specificatamente, il programma mette in agenda il punto «coesione, resilienza e valori»; in maniera decisamente minore, interviene su quello delle migrazioni. Mettendo entrambi i punti a sistema, un'interessante chiave di lettura viene dal *Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*.

2. *Coesione e Valori*

È tra le pagine del *Piano* che infatti si traccia in termini programmatici e proattivi l'impegno dell'Europa sulle politiche di coesione, con particolare attenzione ai processi che coinvolgono giovani, adulti e bambini (anche cittadini UE) provenienti da un contesto migratorio. Occorre adattare – si legge – le politiche generali alle esigenze di una «società diversificata», dove le sfide sono proporzionate ai bisogni specifici dei diversi gruppi e, ancor prima, delle persone che li compongono, in virtù delle loro «specifiche caratteristiche» (genere, origine razziale o etnica, religione, convinzioni personali,

* Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno, Presidente del CdLM in Governance euromediterranea delle politiche migratorie, Università del Salento.

orientamento sessuale, disabilità). Inclusione e sostegno, dunque, per essere efficaci, devono essere mirati. Solo intesi come «sfide specifiche» dell'ordinamento potranno contribuire a finalizzare i processi di coesione sociale. Creare contatto, costruire fiducia. Lavorare con e tra comunità diverse all'interno della società; solo così si combatte l'isolamento, la segregazione e si edificano comunità coese. «Inclusione per tutti» è il motto del *Piano*. Sul piano dei valori si porta l'attenzione su quelli comuni europei. Lo sviluppo di società accoglienti, diverse e inclusive – si legge – è un processo che richiede impegno e investimento di risorse, umane e materiali. Intervenire significa potenziare l'«accademia urbana per l'integrazione», predisporre cioè un programma globale di sviluppo di capacità e competenze per responsabili politici e operatori del settore dell'integrazione, a tutti i livelli (locale, regionale e nazionale). Ma non solo. Il *Piano*, in tema di coesione e politiche di integrazione e inclusione rapide e di lungo periodo, divide la responsabilità circa il buon esito dei processi tra migranti (anche di cosiddetta “seconda” generazione) e società ospitanti. Così, se da una parte compare l'invito a programmi completi di formazione linguistica ed educazione civica, tutoraggio e sostegno amichevole tra comunità locali e migranti; dall'altra si parla di promozione di «uno stile di vita europeo», di soluzioni abitative inclusive, di edilizia sociale, di moltiplicazione di luoghi e opportunità di incontro e di interazione per migranti e comunità locali. E ancora, di partenariati multi-partecipativi, di coinvolgimento permanente di *governance* multilivello nell'elaborazione e nell'attuazione di strategie comuni, di partecipazione all'istruzione, alla cultura e allo sport come via privilegiata per avvicinare le persone.

Un programma diversificato e complesso che da dovere morale, in linea con i valori fondamentali dell'UE, diventa imperativo di ordine economico, forte della leva dei migranti qualificati, «uno spreco di potenziale che non possiamo permetterci».

3. *Resilienza*

Sorprende non poco il rinvio alla resilienza (pare che anche in sede europea non si sia resistito al suo fascino *passpartout*). Abusata dai media, la resilienza conquista uno spazio formalizzato, a fianco di un lessico certo più rassicurante fatto di “coesione” e “valori”. Vale però forse spendere qualche parola in più sul significato che ha (o, si auspica, voglia avere) questo rinvio, in questa sede. In psicologia, si dice resiliente chi è capace di far fronte con

positività agli eventi traumatici. In biologia, resiliente è la comunità che si auto-ripara per ritornare allo stato iniziale dopo una perturbazione. Per le scienze dure, resilienti sono i materiali capaci di assorbire (fino alla rottura) energia a seguito di una deformazione. Nel linguaggio informatico, resiliente è ciò che sa adattarsi e resistere all'uso. Personalmente proverei a tenere la resilienza fuori da un lessico di campo, e più vicina alle dinamiche legate alla gestione del rischio. Resiliente diverrebbe quindi l'intenzione, e la capacità, dell'Unione e dei Paesi dell'Unione di modificare il proprio funzionamento in corsa e per il futuro sul fronte di questioni che ne hanno sollecitato (al limite dell'emergenza) la tenuta. Resiliente, ancora, si rivelerebbe l'azione strategica utile a fronteggiare e governare in continuità condizioni di rischio, previste e imprevedute. Le emergenze (sanitarie, climatiche, migratorie) ci hanno insegnato, tra le altre cose, che è necessario venirne fuori, smorzando il conduttore dell'eccezionalità, promuovendo la messa a sistema di strategie strutturali di intervento. Assumere una prospettiva resiliente oggi deve voler significare utilizzare l'opportunità che ci viene dall'Unione per attuare un cambiamento reale, di breve e lungo periodo, partendo proprio dall'indirizzo alle politiche di coesione individuate dal *Piano* e dall'*Agenda 2030* per lo sviluppo sostenibile, nella convinzione che superare gli assetti sociali pre-pandemici sia una necessità stringente. Francesco Ferrara (1810-1900), economista e uomo di potente ingegno, a proposito di norme eccezionali (in tempo di guerra) si chiedeva se si trattasse di «anomalie dettate dalle necessità ed opportunità del momento, od invece [di] germi di un diritto nuovo che [sarebbero] matura[ti] nel lontano avvenire». Ferrara si rispondeva, poi: «nelle grandi crisi [...] nuovi elementi si elaborano e fermentano nel conflitto, preparando una trasfigurazione ed una rigenerazione della vita avvenire»¹. È forse questa trasfigurazione e rigenerazione della vita avvenire la resilienza di cui abbiamo bisogno? L'emergenza sanitaria ha messo a nudo un sistema saturato dai conflitti sociali. Ricomporre per la «vita avvenire» è responsabilità dei Paesi dell'Unione. L'Europa ha adesso l'opportunità di intervenire proattivamente: consapevole dei limiti strutturali e delle criticità che le emergenze hanno sollevato, forte delle risorse a disposizione, deve tener fede al patto intergenerazionale guardando a un futuro sostenibile, capace cioè di mettere a sistema valori, coesione e capacità di gestione dei rischi nel tempo per il bene comune.

¹ F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace* [1918], ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1954, vol. 1, pp. 70-71.

4. «Accademia urbana» e Università

Quale può essere, in questo quadro, il contributo della comunità accademica? Dal punto di vista della formazione, l'Università deve continuare a offrire contenuti dinamici, con un impegno costante sul fronte della ricerca scientifica – da intendersi come laboratorio permanente – e della didattica – intesa come disseminazione contestuale di risultati parziali e finali. Non ultimo, come luogo del cambiamento in sé, accessibile e capace di incidere sulle trasformazioni del sociale, come parte di quell'«accademia urbana» di cui dice il *Piano*, contribuendo fattivamente a generare il cambiamento. Come? Attraverso la Terza missione. Attraverso la sua vocazione territoriale, l'Università può incontrare i bisogni delle persone, condividere strumenti d'indagine e risultati scientifici, affinare competenze, promuovere strategie partecipative, costruire e potenziare reti di partenariato con operatori, professionisti, associazioni, immaginare progetti di intervento comuni, offrire percorsi di comprensione e di consapevolezza civica. E ancora, orientare e stimolare il dialogo e il dibattito con un pubblico ben più vasto della sua comunità di riferimento grazie a forme di comunicazione sempre più diversificate e incisive.

5. Esempi virtuosi

In questo senso, certamente prezioso è il modello proposto da UNHCR con il *Manifesto dell'Università inclusiva*: l'Università come attrattore, salvacredito e incubatore di migrazioni qualificate. Il Manifesto vede e promuove l'accesso dei rifugiati all'educazione superiore e universitaria dei Paesi dell'Unione come parte integrante del proprio mandato di protezione e, dunque, come priorità operativa strategica. L'attenzione è rivolta ai giovani titolari di protezione internazionale che intendono proseguire il loro percorso di studi e ricerca nei Paesi d'asilo. A orientare l'azione delle Università aderenti, il Manifesto individua sei principi generali: uguaglianza e non discriminazione, accoglienza, conoscenza, integrazione, valorizzazione delle differenze, partecipazione. Muove, poi, verso cinque punti programmatici, cinque misure utili a perseguire la missione dell'Università, che vanno dal supporto agli studenti titolari di protezione internazionale, al riconoscimento di titoli e qualifiche, dall'incentivo delle borse di studio alla partecipazione e, soprattutto, ai corridoi universitari, come via privilegiata per favorire l'ingresso legale dei rifugiati e facilitare la loro integrazione nelle società ospiti.

tanti e nell'ambiente accademico. Aderendo al Manifesto, le Università accolgono l'esperienza culturale, tecnica e intellettuale maturata dai rifugiati, e la trasformano in risorsa per la comunità². Un intervento coerente al *Piano*, che è buona pratica e segnale forte di un cambiamento possibile sul fronte delle politiche di coesione. Certamente da promuovere e sostenere.

² Da questo punto di vista, il *Manifesto* trova uno dei suoi momenti applicativi nel programma *UNI.CO.RE. (University corridors for refugees)*. Con *Etiopia 2021-23* (terza edizione) le Università aderenti offrono borse di studio e ulteriori benefici economici dedicati a candidati con status di rifugiato residenti in Etiopia e che intendono immatricolarsi ai Corsi di Laurea magistrale offerti dall'Accademia italiana. Il programma è rinnovato per l'anno in corso con l'edizione 4.0 (Cameroon, Niger, Nigeria).

LA SPINTA GENTILE ALL'INTEGRAZIONE:
COSA C'È OLTRE IL DOVERE DI INTEGRARSI E DI INTEGRARE

Luca Galli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La “*civic integration*” e il dovere di integrarsi. – 3. Dal dovere di integrarsi ai “pungoli” all’integrazione. – 4. *Nudging the citizens*: l’opportunità di stimolare all’integrazione. – 5. Uno sguardo al futuro.

1. *Introduzione*

Due recenti episodi ci hanno ricordato quanto il dibattito sui rapporti tra le differenti culture che popolano il continente europeo non sia semplicemente vivo, ma sia più attuale che mai. Da un lato, il referendum svizzero del marzo 2021, con cui la popolazione elvetica si è espressa a favore del “divieto di dissimulazione del volto”, sostanzialmente indirizzato a impedire l’utilizzo nei luoghi pubblici del velo islamico integrale. Dall’altro, la sentenza del 14 aprile 2021, n. 479 con cui la Corte di Cassazione francese ha ritenuto illegittimo il licenziamento di una lavoratrice che si era rifiutata di rimuovere il velo, come richiesto dal datore di lavoro a tutela dell’immagine aziendale.

Indipendentemente da ogni presa di posizione sui differenti esiti, i casi menzionati manifestano l’attuale stato di salute dei processi di integrazione dei migranti nel Vecchio Continente, quali esponenti di culture differenti rispetto a quelle delle “popolazioni autoctone”. In primo luogo, questi casi dimostrano che i discorsi focalizzati sullo scontro teorico tra differenti valori e culture, e conseguentemente tra il dovere di integrare e quello di integrarsi, possono facilmente generare soluzioni drasticamente differenti, capaci di esacerbare l’opposizione tra maggioranza e minoranze piuttosto che facilitarne il dialogo e la comprensione reciproca. In secondo luogo, essi dimostrano come la nozione di integrazione quale processo bilaterale di adeguamento da parte dei migranti e dei “cittadini” faticosi a trovare concreta applicazione, a fronte di una società civile che stenta a riconoscere il proprio ruolo nel dialogo interculturale, percependo l’inclusione dello straniero come un processo ancorato al dovere dei “nuovi arrivati” di adattarsi al tessuto socio-culturale esistente.

* RTDA in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Con il presente contributo, dunque, si intende riflettere sulla possibilità di affrontare l'inclusione dei non-cittadini da un differente punto di vista, cercando risposte capaci di mitigare la dinamica dello scontro tra diritti e doveri di maggioranze e minoranze. Fonte di ispirazione sarà la *Nudge Theory*, in base alla quale verificare la percorribilità di soluzioni che si pongano su un piano concreto e pragmatico, meno elevato rispetto a quello dell'affermazione di diritti e doveri, ma che sappiano incentivare la partecipazione attiva ai percorsi di interazione interculturale da parte di tutti i membri ("nuovi" e "vecchi") di una società pluralista.

2. La "civic integration" e il dovere di integrarsi

Come emerge anche dal "Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027"¹, il concetto di integrazione suggerito dal diritto europeo è quello per cui essa sia un «diritto e un dovere per tutti», in cui il percorso di crescita delle comunità pluraliste passa attraverso il rispetto dei valori sanciti dai trattati dell'Unione Europea e le pari opportunità per tutti gli individui di godere dei propri diritti e partecipare alla vita sociale. Un modello, dunque, in cui tutti i membri della collettività sono chiamati a impegnarsi per garantire unità e coesione all'interno della società a cui appartengono.

D'altra parte, il filtraggio di questo modello attraverso gli ordinamenti nazionali, con gli Stati Membri che mantengono una forte autonomia nella definizione delle politiche di integrazione, ha restituito dei risultati sostanzialmente differenti, dando origine a un approccio di c.d. "civic integration"², incentrato sull'obbligo per i migranti di adeguarsi alla realtà di accoglienza e di dimostrarsi utili nei processi economico-produttivi della stessa, nonché trasformando l'accesso a numerosi diritti da parte degli stranieri in una problematica di secondo livello, da affrontarsi una volta raggiunta la loro integrazione, e lasciando sullo sfondo la tematica della partecipazione della comunità di accoglienza ai percorsi di inclusione³.

¹ Commissione Europea, *Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*, 24 novembre 2020, online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0758&from=IT>.

² Per una puntuale ricognizione del modello di *civic integration*, vedasi D. KOSTAKOPOULOU, *The Anatomy of Civic Integration*, in *Modern L Rev*, n. 6/2010, pp. 933-958.

³ Sulle conseguenze, soprattutto in tema di diritti degli stranieri, del modello di *civic integration*, vedasi M. RUSSO SPENA, V. CARBONE (a cura di), *Il dovere di integrarsi*, Roma, 2014;

Un modello, quello della *civic integration*, che si è espresso tramite una serie di istituti che hanno finito per popolare gli ordinamenti giuridici degli stati europei, trasmettendo un chiaro messaggio assimilazionista. Il riferimento è ai manifesti e alle carte dei valori della cittadinanza, oltre che ai contratti e agli accordi di integrazione, chiamati a definire i paletti culturali e comportamentali entro cui si dovrebbe muovere il migrante per potersi considerare integrato, degno di rimanere (legalmente) nello stato di accoglienza e, dunque, meritevole di accedere a un più pieno ventaglio di diritti che gli consentano di partecipare alla vita sociale (si pensi alla *Carta dei valori della cittadinanza* e all'*Accordo di integrazione* italiani, al *Contrat d'intégration républicaine* francese o all'*Integrationsvereinbarungen* austriaco)⁴. Un modello, quello della *civic integration*, che affonda le sue radici nel clima di diffidenza verso lo straniero sorto durante il periodo di tensione internazionale dei primi anni del XXI secolo, ma che è anche la risposta agli esperimenti, giudicati fallimentari, di integrazione volontaria che hanno avuto luogo a partire dagli anni '90 del Novecento in paesi come Francia e Olanda. D'altro canto, anche la stessa *civic integration* non può considerarsi un esperimento di successo, per una serie di ragioni teoriche e pratiche che suggeriscono l'esigenza di individuare un nuovo approccio all'integrazione.

Dal punto di vista pratico, concentrandosi sull'ordinamento italiano, i dati statistici dimostrano che l'introduzione di obblighi di integrazione (l'apprendimento della lingua; l'acquisizione di un lavoro stabile; la conoscenza dei principi dell'ordinamento giuridico; ecc.) non ha impattato in modo particolarmente positivo sugli indici di inclusione dei non-cittadini, i quali dimostrano ancora livelli insoddisfacenti di conoscenza dell'italiano, un frequente declassamento nella qualità del proprio lavoro prima e dopo

E. GUILD, K. GROENENDIJK, S. CARRERA (a cura di), *Illiberal liberal states. Immigration, Citizenship and Integration in the EU*, Bodmin, 2009; C. JOPPKE, *Beyond national models: Civic integration policies for immigrants in Western Europe*, in *West European Politics*, n. 1/2007, pp. 1-22.

⁴ In materia di accordi, carte e test di integrazione, *ex pluribus*, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge. I riflessi sulle politiche regionali e locali* in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, pp. 253-287; R. BAUBÖCK, C. JOPPKE (a cura di), *How liberal are citizenship tests?*, San Domenico di Fiesole, 2010; G. HOGAN-BRUN, C. MAR-MOLINERO, P. STEVENSON (a cura di), *Discourses on language and integration*, Amsterdam, 2009. Sia anche consentito il rinvio a L. GALLI, *Retinking integration contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, Napoli, 2021.

l'emigrazione, condizioni abitative spesso inadeguate, oltre a un diffuso senso di discriminazione⁵. Ancora, le sanzioni previste per la violazione degli obblighi di integrazione – revoca/mancato rinnovo del permesso di soggiorno e conseguente espulsione – appaiono scarsamente efficaci ed efficienti, non solo perché incapaci di operare nei confronti delle categorie più consistenti di migranti presenti sul territorio italiano (richiedenti asilo e titolari di permessi per riunificazione familiare), la cui permanenza è garantita dal diritto internazionale ed europeo, ma anche perché dispendiose e difficili da attuare⁶.

Dal punto di vista teorico, invece, la subordinazione di determinati diritti all'acquisizione di uno specifico grado di integrazione – spesso manifestato dalla titolarità di una certa tipologia di permesso di soggiorno – è stata sovente censurata dalla Corte costituzionale⁷; inoltre, richiedere il soddisfacimento di obblighi di integrazione quale presupposto alla permanenza e al godimento dei diritti sembra invertire l'ordine logico delle cose, essendo la presenza all'interno di una comunità, la possibilità di esercitare i propri diritti, nonché quella di soddisfare ai propri doveri i ragionevoli presupposti all'inclusione sociale⁸.

3. *Dal dovere di integrarsi ai "pungoli" all'integrazione*

Così, se un'integrazione puramente volontaria non è sembrata funzionare e tanto meno non sembra funzionarne una prettamente obbligatoria, quali strade restano da percorrere?

⁵ Per questi dati, vedasi ISTAT, *Vita e percorsi di integrazione degli immigrati in Italia*, Roma, 2018, online: <https://www.istat.it/it/files/2019/05/Vita-e-percorsi.pdf>.

⁶ In materia, N. KAUSHAL, *Blaming immigrants. Nationalism and the Economics of Global Movements*, New York, 2018 e N. ZORZELLA, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo*, in *Dir. imm. cit.*, n. 4/2011, pp. 58-71.

⁷ Per una ricognizione di questa giurisprudenza, V. FERRANTE, *È incostituzionale l'esclusione dei cittadini extra-UE dai benefici sociali: si apre la via dell'eguaglianza sostanziale?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4/2018, pp. 739-756.

⁸ Così V. PIERGIGLI, *Integrazione linguistica e immigrazioni. Approcci e tendenze nel diritto comparato europeo*, in *Federalismi.it*, n. 22/2013, pp. 1-25 e M.C. LOCCHI, *L'accordo di integrazione tra lo stato e lo straniero (art. 4-bis T.U. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, pp. 1-14.

Tra le più recenti e accattivanti proposte c'è quella di applicare la *Nudge Theory* ai processi di integrazione, così da stimolare l'interazione tra migranti e "cittadini" senza formalmente obbligare né gli uni né gli altri a questo avvicinamento reciproco. Come noto, per *nudges* possono intendersi gli stimoli e gli incentivi tramite cui indirizzare le scelte dei singoli individui – senza obbligarli – verso condotte conformi a un interesse generale⁹. In questo senso, dunque, le pubbliche autorità possono non essere più soltanto "guardiani" delle condotte individuali, ma assumere il ruolo di "architetti" dei contesti sociali e giuridici, così da creare le condizioni più favorevoli affinché i consociati, pur preservando la propria libertà, si vedano suggerita la via verso il benessere individuale e collettivo. Conseguentemente, i *nudges* possono rivelarsi particolarmente utili in relazione a scelte complesse, i cui benefici non siano immediatamente percepibili da chi le compie e riguardo alle quali l'interesse individuale potrebbe non apparire combaciante con quello generale, quanto meno nel breve periodo.

Pur non potendosi considerare la panacea di tutti i mali¹⁰, la *Nudge Theory* sembra poter produrre un impatto positivo in caso di sua implementazione proprio riguardo al tema dell'inclusione degli stranieri. Tale materia, infatti, soddisfa i richiamati requisiti per un'attuazione fruttuosa dei "pungoli": l'integrazione è sicuramente una questione complessa, in riferimento alla quale le condotte dei consociati possono produrre conseguenze positive e negative senza che gli stessi lo percepiscano direttamente e, soprattutto, riguardo alla quale i costi immediatamente avvertiti dagli individui rischiano di oscurare i vantaggi prefigurabili sul lungo periodo. Ancora, i *nudges* si configurano come strumenti pratici, che pongono in secondo piano le logiche valoriali e i contrasti di diritti e doveri (che, come detto, possono esasperare le tensioni tra maggioranza e minoranze), fondandosi invece sulla flessibilità, la ragionevolezza e l'"immaginazione pragmatica", ossia la capacità di trovare risposte nuove e concrete ai problemi sociali.

Ora, indicazioni in merito alla praticabilità del ricorso ai *nudges* nei processi di integrazione sono giunte, sia a livello pratico che dottrinale, per quel che riguarda l'incentivazione dei migranti a tenere condotte considerate fa-

⁹ In materia di *Nudge Theory*, su tutti, R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008.

¹⁰ Così, chiaramente, S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in A. KEMMERER, C. MÖLLERS, M. STEINBEIS, G. WAGNER (a cura di), *Choice Architecture in Democracies*, Baden-Baden, 2016, pp. 241-245.

vorevoli alla loro integrazione¹¹. Punto di partenza resta la critica al modello dell'integrazione obbligatoria, in base al quale il compimento di scelte inclusive da parte degli stranieri sarebbe supportabile tramite la minaccia di conseguenze negative (detenzione, sanzioni pecuniarie, diniego del titolo di soggiorno, espulsione): questo modello viene qualificato come foriero di insicurezza per il migrante, capace di ostacolare l'affermazione del senso di appartenenza alla comunità locale e di prevenire il compimento di scelte di lungo periodo (dalla costruzione di una famiglia all'avvio di un'attività economica) a fronte della costante consapevolezza di non essere membro effettivo della società di accoglienza. Quella che si propone, dunque, è un'integrazione "incentivata", in cui le condotte considerate inclusive (la frequenza a corsi di formazione scolastica o professionale, la partecipazione ad attività di volontariato, l'abbandono dei supporti assistenziali a fronte dell'inserimento nel tessuto produttivo e dell'ottenimento dell'autonomia abitativa, ecc.) siano pungolate tramite espedienti immediati e concreti, come per esempio: l'accesso gratuito al trasporto pubblico per raggiungere i luoghi di lavoro e di istruzione; la possibilità di ottenere gratuitamente servizi per l'infanzia a favore dei propri figli durante gli orari lavorativi o di formazione; la riduzione delle tasse scolastiche per i figli; la semplificazione delle procedure (e la diminuzione dei relativi costi) riguardanti l'ottenimento di permessi di soggiorno di lungo periodo, l'acquisizione della cittadinanza o, ancora, il ricongiungimento dei propri familiari.

4. Nudging the citizens: *l'opportunità di stimolare all'integrazione*

Terreno sostanzialmente inesplorato, invece, è quello dell'incentivazione delle comunità "autoctone" alla partecipazione attiva all'inclusione dei non-cittadini, così da concretizzare quell'immagine dell'integrazione quale *two way process*, riconosciuta tanto a livello sovranazionale, quanto a livello na-

¹¹ In dottrina, M. BENTON, A. EMBRICOS, *Doing more with less. A new toolkit for integration policies*, Bruxelles, 2019; S. CARRERA, Z. VANKOVA, *Human rights aspects of immigrant and refugee integration policies. A comparative assessment in selected Council of Europe member states*, Strasburgo, 2019, online: <https://rm.coe.int/168093de2c>; M. BENTON, A. SILVA, W. SOMMERVILLE, *Applying Behavioural Insights to Support Immigrant Integration and Social Cohesion*, Bruxelles, 2018. Per una ricognizione di alcuni casi pratici, OCSE, *Good practices in migrant integration: trainee's manual*, Varsavia, 2018, online: <https://www.osce.org/files/f/documents/a/2/393554.pdf>.

zionale (si considerino, per esempio, i *Common basic principles for immigrant integration policy*¹² del Consiglio dell'Unione Europea e l'art. 4-bis D.Lgs. n. 286/1998¹³).

Questo profilo, ancor più rispetto a quello dell'incentivazione delle condotte dei migranti, sembra meritare particolare attenzione: infatti, se si può prefigurare un sistema di obblighi e sanzioni quale strumento per indirizzare gli stranieri verso un'integrazione (forzata), a fronte dei poteri tradizionalmente vantati dallo stato sui non-cittadini che consentono di fare dell'espulsione la sanzione per eccellenza nei confronti dei migranti non integrati, difficilmente appaiono configurabili analoghi meccanismi nei confronti dei "cittadini" – e, quindi, un loro "dovere di integrare" sanzionabile in caso di violazione. Da qui, dunque, l'importanza di adottare soluzioni di "architettura contestuale", che creino le condizioni più favorevoli per stimolare la società civile all'incontro con le comunità dei "nuovi arrivati".

Tuttavia, il tema del coinvolgimento della cittadinanza è soventemente passato in sordina, come naturale conseguenza del suesposto approccio di *civic integration* seguito dalla maggioranza degli stati europei. In relazione all'ordinamento italiano, ciò appare chiaro se si prendono in considerazione due documenti centrali ai fini della definizione delle politiche di integrazione del paese: il Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale 2017-2108¹⁴ e il Programma nazionale FAMI 2014/2020¹⁵.

Delle trenta pagine del primo documento, infatti, solamente una è dedicata ai «Processi di partecipazione e cittadinanza attiva» e, per di più, anch'essa pone l'accento sull'iniziativa del migrante e non su quella dei "cittadini": «particolarmente importante è la partecipazione dei titolari di prote-

¹² Consiglio dell'Unione Europea, *Common basic principles for immigrant integration policy in the European Union*, 19 November 2004, online: https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu_en. Vedasi, in particolare, in Principio numero 1 (p. 20).

¹³ Art. 4-bis, comma 1, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286: «Ai fini di cui al presente testo unico, si intende con integrazione quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società».

¹⁴ Il Piano è accessibile online sul sito del Ministero dell'Interno: <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/piano-nazionale-integrazione.pdf>.

¹⁵ Il Programma Nazionale FAMI 2014/2020 è accessibile online sul sito del Ministero dell'Interno: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/programme_acknowledgement_of_receipt_2014it65amnp001_9_0_it.pdf.

zione alle attività di volontariato» (p. 27), con una comunità “autoctona” che, ancora una volta, attende l’impegno e la dedizione dello straniero e poco si sforza per andargli incontro.

Simili conclusioni si raggiungono guardando al Programma nazionale del Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014/2020, tramite cui si sono definite, per gli ultimi sei anni, gli indirizzi per l’investimento delle principali risorse volte a supportare i percorsi di inclusione sociale dei non-cittadini. Gli obiettivi nazionali relativi al tema “integrazione” includono una serie di iniziative (di formazione, di avviamento al lavoro, di sostegno dell’associazionismo e del volontariato, ecc.) che hanno come destinatari esclusivamente i migranti, così trascurando l’opportunità del pieno coinvolgimento delle comunità di accoglienza le quali, se debitamente attivate, potrebbero fornire una rete di supporto e crescita individuale antecedente ed alternativa rispetto all’accesso ai servizi sociali, dimostrando anche una più piena ed effettiva interazione tra tutti i componenti della comunità.

Queste affermazioni trovano conferma anche sul piano statistico, con i dati che mostrano una percentuale limitata (solo il 6,8% del totale) di iniziative di integrazione dirette al coinvolgimento delle comunità “autoctone”¹⁶.

Ciò non vuol dire, però, che qualcosa non si sia mosso, soprattutto a livello locale, ossia in quella dimensione più sensibile e prossima alla tematica dell’inclusione dei migranti.

Per esempio, come riportato in uno studio OCSE, alcune delle principali città europee hanno realizzato una serie di *best practices* tramite il ripensamento di servizi pubblici o la riqualificazione di aree urbane, così da renderli strumento di incontro tra tutti i componenti delle comunità locali. A Roma come a Barcellona, si segnala una riorganizzazione del servizio offerto dalle librerie municipali, con l’ampliamento dei libri in lingua straniera (in particolare quelle delle minoranze più presenti nel contesto urbano), la creazione di spazi dedicati al doposcuola per lo svolgimento in gruppo di attività pomeridiane, l’organizzazione di corsi gratuiti di italiano erogati da cittadini madrelingua in cambio di lezioni di lingua straniera tenute da componenti delle comunità di migranti. Ancora, ad Atene, Amsterdam e Parigi si segnalano attività di riqualificazione urbana, con il recupero di spazi in disuso per la creazione di *hub* pubblici, appositamente pensati per incentivare l’incontro

¹⁶ Questo dato si ritrova in Ministero dell’Interno, *Le iniziative di buona accoglienza e integrazione dei migranti in Italia. Modelli, strumenti e azioni*, Roma, 2017, online: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/rapporto_annuale_buone_pratiche_di_accoglienza_2017_ita_web_rev1.pdf.

tra le differenti culture, includendo aree di *coworking*, caffetterie, uffici di imprese impegnate nella formazione nell'avvio al lavoro dei migranti (per esempio, Accenture e Ikea), ma anche spazi abitativi da destinare ai titolari di protezione internazionale nell'ambito di progetti di accoglienza diffusa¹⁷. Evidente, dunque, è l'attività di architettura sociale svolta dalle amministrazioni locali per creare contesti di interazione tra *newcomers* e "cittadini".

Ancora, possono considerarsi *nudges* all'integrazione alcune iniziative qualificate come *best practices* dalla summenzionata relazione ministeriale, che vanno dalla creazione di eventi culturali e sportivi condivisi alle attività universitarie volte a facilitare la creazione di una rete di relazioni tra studenti con e senza *background* migratorio o a fornire occasioni di contatto con le comunità straniere presenti nelle città di riferimento (per esempio, tramite la partecipazione degli studenti a tirocini formativi nell'ambito di attività dirette alla popolazione migrante).

Infine, particolare rilievo deve essere attribuito ai "pungoli" capaci di incentivare gli imprenditori nazionali ad assumere lavoratori stranieri: un esempio è dato dal progetto *Welcome. Working for refugee integration* attuato da UNHCR Italia, che ha comportato l'assegnazione di un apposito *label* alle imprese che si sono particolarmente distinte in tale ambito, fornendo loro un riconoscimento per l'impegno sociale che possa servire anche come manifestazione verso l'esterno della partecipazione dell'impresa alla creazione di una società inclusiva. Obiettivo del *label*, dunque, è anche quello di accrescere l'*appeal* di queste imprese nei confronti dei consumatori più sensibili alle tematiche in questione, comportando un possibile ritorno economico (non dissimilmente da quanto avviene per le certificazioni ambientali)¹⁸.

5. Uno sguardo al futuro

Conferme della crescente attenzione per questi profili giungono dal già richiamato "Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027" della Commissione Europea che, riflettendo sugli esiti del Piano d'azione 2014-

¹⁷ Vedasi OCSE, *Working Together for Local Integration of Migrants and Refugees*, Parigi, 2018, online: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/working-together-for-local-integration-of-migrants-and-refugees_9789264085350-en;jsessionid=Ucx-UxqGgPbRAzDPF_QOU0M-.ip-10-240-5-116.

¹⁸ Su questo progetto, vedasi la pagina web UNHCR, *Progetto "Welcome"*, online: <https://www.unhcr.org/it/progetto-welcome/>.

2020, ha sottolineato l'esigenza di «coinvolgere maggiormente la società ospitante nelle politiche di integrazione e di inclusione» (p. 5), tanto da dedicare un'apposita sezione all'opportunità di «Favorire la partecipazione e l'incontro con la società di accoglienza» (pp. 22 ss.). Ancora, chiara è l'affermazione della necessità di coinvolgere ulteriormente gli attori privati nella programmazione, progettazione, erogazione e finanziamento dei servizi di integrazione, ravvisando nel partenariato con gli enti del Terzo settore uno strumento di responsabilizzazione delle comunità di accoglienza.

Se quest'ultima prospettiva sembra poter trovare terreno fertile in Italia, considerati i più recenti interventi normativi e giurisprudenziali volti a esaltare gli spazi di manovra degli strumenti di amministrazione condivisa con il Terzo settore (vedasi, su tutti, Corte. Cost., sentenza del 26 giugno 2020, n. 131), appare importante dare maggiore rilievo agli incentivi alla partecipazione della società civile ai percorsi di integrazione nei prossimi atti di programmazione pubblica delle iniziative di inclusione sociale dei non-cittadini. In questo senso, sarà essenziale per il nuovo al Programma nazionale FAMI 2021/2027 saper indirizzare verso questo obiettivo parte delle risorse messe a disposizione dall'ordinamento europeo, così come sarà importante attribuire debita attenzione alla partecipazione attiva della cittadinanza al processo di integrazione all'interno del nuovo (e atteso) Piano Nazionale d'Integrazione che, seppur previsto a cadenza biennale, non viene adottato oramai dal 2017-2018.

In conclusione, quanto detto nelle precedenti pagine non vuole certamente sminuire l'importanza del riconoscimento dei diritti in capo ai migranti, o dell'affermazione dei doveri necessari per garantire la convivenza all'interno dell'ordinamento di accoglienza e, viceversa, dei corrispondenti diritti e doveri delle comunità locali. Quella che si è voluta suggerire è una via differente e complementare, non alternativa, che, concentrandosi sulle esperienze del quotidiano, supporti la convinzione per cui convivenza e dialogo siano risultati conseguibili, più di quanto possa apparire se ci si sofferma solo sullo "scontro" di valori e culture.

DISCRIMINAZIONI DIRETTE E DISCRIMINAZIONE INDIRETTE
DELLO STRANIERO NELL'ACCESSO AGLI ALLOGGI DI EDILIZIA
RESIDENZIALE PUBBLICA

Roberto Cherchi*

SOMMARIO: 1. La residenza prolungata come criterio premiale per l'accesso alle prestazioni sociali. – 2. Gli oneri amministrativi speciali in capo agli stranieri per l'accesso alle prestazioni sociali. – 3. Il quadro legislativo e giurisprudenziale relativo all'accesso alle prestazioni sociali. – 4. L'illegittimità della residenza prolungata come criterio premiale nella formazione delle graduatorie per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica. – 5. La discriminazione dello straniero attraverso l'imposizione di oneri burocratici speciali e ingiustificati.

1. *La residenza prolungata come criterio premiale per l'accesso alle prestazioni sociali*

Con la sentenza 9/2021 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo, in quanto ritenuto irragionevole e discriminatorio, l'art. 4, c. 1, l. r. Abruzzo 34/2019. La disposizione, che prevedeva la residenza nel territorio regionale oltre il decimo anno come criterio premiale nella formazione delle graduatorie per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, era stata impugnata in via principale perché ritenuta in violazione degli artt. 3 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24 dir. 2004/38/CE.

Richiamando i propri precedenti, la Corte ha evidenziato che i criteri per circoscrivere l'ambito soggettivo delle prestazioni sociali devono presentare «un collegamento con la funzione del servizio». In base a ciò, già si era ritenuta illegittima la residenza prolungata come causa di esclusione dalle prestazioni sociali e nello specifico dall'accesso agli alloggi ERP, in quanto non comporta alcuna valutazione dell'intensità del bisogno (che si può dedurre, ad esempio, da dati come la presenza di figli, di anziani o di disabili nella famiglia)¹.

In questo giudizio, anche la lunga residenza come criterio premiale è stata ritenuta illegittima. Per la Corte il numero di punti previsti per la residen-

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari.

¹ V. Corte cost., sentenze del 10 aprile 2018, n. 106 e del 28 gennaio 2020, n. 44.

za prolungata è irragionevole in quanto sproporzionato, in particolare in rapporto ai punti disponibili in correlazione alle condizioni soggettive, anche perché dalla lungo residenza non è dato evincere «alcun ragionevole indice di probabilità della permanenza nel futuro». A una diversa conclusione, si afferma, si sarebbe potuti giungere se si fosse considerata come criterio premiale «l'anzianità di presenza» nella graduatoria degli aventi diritto.

2. *Gli oneri amministrativi speciali in capo agli stranieri per l'accesso alle prestazioni sociali*

Con la sentenza in esame la Corte ha altresì giudicato della legittimità dei commi 4.1 e 4.2 dell'art. 5 l. r. Abruzzo 96/1996 (introdotti dall'art. 2, c. 1, l. r. Abruzzo 34/2019). Le disposizioni sono state impugnate in via principale per la lamentata violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 117, c. 1, Cost., con riferimento ai divieti di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU e all'art. 18 TFUE.

La l. r. Abruzzo 96/1996 già prevedeva, come condizione per la partecipazione al bando di concorso per l'assegnazione di alloggi ERP, la «non titolarità di diritti di [proprietà, usufrutto, uso ed abitazione] su uno o più alloggi, ubicati all'interno del territorio nazionale o all'estero», da asseverare mediante il rilascio di una *dichiarazione*. L'impugnato comma 4.1 dell'art. 5 ha introdotto un onere per i cittadini di Paesi terzi, fatta eccezione per i titolari di status di rifugiato e di protezione sussidiaria, di presentare la *documentazione* attestante il mancato possesso di «alloggi adeguati» nel Paese di origine o di provenienza, da parte di tutti i componenti del nucleo familiare. Tale norma è stata ritenuta irragionevole per la «palese irrilevanza» e «pretestuosità» di tale requisito, manifestamente inidoneo ad accertare sia lo stato di bisogno di un alloggio in Italia, che la condizione economica del richiedente. La Consulta ha inoltre censurato la discriminazione tra straniero e cittadino (italiano ed europeo), in quanto le difficoltà di verifica per la pubblica amministrazione esistono anche con riferimento ai cittadini italiani ed europei, che non sono però soggetti a oneri burocratici aggiuntivi.

La Corte ha poi dato un'interpretazione adeguatrice al successivo comma 4.2, che prevede l'onere per lo straniero di produrre la documentazione reddituale e patrimoniale «del Paese in cui hanno la residenza fiscale», ai fini del calcolo dell'ISEE. La norma è infatti da ritenersi applicabile ai soli richiedenti aventi la residenza fiscale all'estero. Inoltre, la disposizione secondo cui l'onere viene meno «qualora le rappresentanze diplomatiche o consolari di-

chiarino l'impossibilità di acquisire tale documentazione nel Paese di origine o di provenienza» è da interpretarsi estensivamente, ricomprendendo le ipotesi di estrema difficoltà di acquisirla o di mancata risposta entro un termine congruo da parte delle autorità competenti.

3. *Il quadro legislativo e giurisprudenziale relativo all'accesso alle prestazioni sociali*

Il testo unico sull'immigrazione subordina l'accesso alle prestazioni sociali alla titolarità di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o di un permesso della durata non inferiore a un anno (art. 41 TUI), e l'accesso agli alloggi ERP alla titolarità del permesso europeo o di un permesso di soggiorno almeno biennale (unitamente al regolare esercizio di attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo: art. 40 c. 6 TUI). Tali disposizioni esprimono una ratio solidarista, fondata sull'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3 e 10 c. 2 Cost., che guarda esclusivamente alla futura integrazione sociale dello straniero.

In tempi di risorse decrescenti tuttavia alcune leggi, senza abrogare le disposizioni menzionate, hanno subordinato l'accesso a talune prestazioni sociali alla titolarità del permesso di soggiorno UE di lungo periodo o al lungo soggiorno.

La Corte costituzionale ha dichiarato illegittime tali norme restrittive quando venivano in evidenza prestazioni essenziali (ossia le prestazioni correlate a bisogni primari, come le prestazioni che assicurano il sostentamento, o quelle connesse al diritto alla salute, come quelle di invalidità); inoltre, di regola ha ritenuto irragionevoli tali differenziazioni anche in relazione alle prestazioni eccedenti il contenuto minimo del diritto sociale². In particolare,

² Cfr. Corte cost., sentenze del 28 novembre 2005, n. 432; del 29 luglio 2008, n. 306; del 14 gennaio 2009, n. 11; del 26 maggio 2010, n. 187; del 7 febbraio 2011, n. 40; del 12 dicembre 2011, n. 329; del 14 gennaio 2013, n. 2; del 14 gennaio 2013, n. 4; del 11 marzo 2013, n. 40; del 3 giugno 2013, n. 133; del 1° luglio 2013, n. 172; del 16 luglio 2013, n. 222; del 27 gennaio 2015, n. 22; del 7 ottobre 2015, n. 230; del 10 aprile 2018, n. 106; del 20 giugno 2018, n. 166; del 4 dicembre 2019, n. 50. Su questa giurisprudenza v. B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in *Associazione dei costituzionalisti, Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 195 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2013, p. 140 ss.; A. ALBANESE, *Non discriminazione, uguaglianza e ragionevolezza nella garanzia dei diritti sociali degli immigrati*.

le norme regionali che impongono la residenza prolungata sul territorio regionale come condizione per l'accesso alle prestazioni sociali – da parte di cittadini come di stranieri - sono state quasi sempre dichiarate illegittime, in quanto tale requisito è stato ritenuto arbitrario, «non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio»³. Come hanno messo in evidenza sia la Corte europea di giustizia che la Corte costituzionale, in simili ipotesi è dato rilevare una discriminazione indiretta dello straniero, il cui tasso di mobilità è doppio rispetto a quello del cittadino⁴, e che con più difficoltà soddisfa la condizione della residenza prolungata⁵.

Vi sono tuttavia sentenze in cui si considera il radicamento nel territorio un valido presupposto per l'accesso alle prestazioni sociali. È questo un concetto ambivalente, che può essere declinato in chiave garantista, come limite al potere di espulsione dello straniero⁶, o anche in un'ottica riduttiva, in correlazione a norme che riservano certe prestazioni solo a quei soggetti che, dopo aver trascorso un periodo di residenza legale, hanno guadagnato l'accesso a quote crescenti di uguaglianza (secondo la formula anglo-americana «the longer the stay, the stronger the claim»⁷).

L'approccio della Corte Edu e della Corte costituzionale, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, p. 157 ss.; E. LONGO, *Assistenza*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, p. 75 ss.

³ Corte cost., sentenza del 14 gennaio 2013, n. 2; v. anche sentenze del 1° luglio 2013, n. 172; del 16 luglio 2013, n. 222; dell'11 giugno 2014, n. 168; del 10 aprile 2018, n. 107; del 28 gennaio 2020, n. 44; del 3 dicembre 2021, n. 7.

⁴ Cfr. Report ISTAT, anno 2017, *Mobilità interna e migrazioni internazionali della popolazione residente*, del 31.12.2018, p. 6.

⁵ Cfr. CGUE, sentenza del 16 gennaio 2003, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30; CGUE, sentenza del 10 marzo 1993, *Commissione c. Lussemburgo*, C-111/91, ECLI: ECLI:EU:C:1993:92; Corte cost., sentenza del 11 giugno 2014, n. 168; A. GUARISO, *Cittadini extra UE e accesso alle prestazioni di assistenza e sicurezza sociale*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione asilo e cittadinanza*, Rimini, 2021, p. 491.

⁶ V. la *dissenting opinion* in *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893), in cui Brewer e Field, citando Madison, sostennero che l'espulsione allontana lo straniero da un Paese “where he may have formed the most tender connections”; v. anche Corte cost., sentenza del 3 luglio 2013, n. 202.

⁷ Cfr. M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 18.

Così, in una decisione relativa al cd. bonus bebè istituito dal Friuli-Venezia Giulia, il requisito della residenza prolungata (per cittadini e stranieri) è stato reputato non illegittimo in quanto con esso «il legislatore ha lo scopo di valorizzare, con misure eccedenti i livelli essenziali delle prestazioni, *il contributo offerto alla comunità dal nucleo familiare*, con adeguata *costanza*, sicché non è manifestamente irragionevole indirizzare i propri sforzi a favore dei nuclei *già attivi da tempo apprezzabile*, e perciò stesso parti vitali della comunità»⁸. Analoga norma di una legge della Regione Campania è stata ritenuta, con gli stessi argomenti, non illegittima⁹. Con riferimento all'assegno sociale, la Corte ha fatto salvo il duplice requisito per lo straniero della titolarità del permesso di soggiorno UE di lungo periodo e della residenza almeno decennale in Italia, in quanto attraverso tali prestazioni la Repubblica «riconosce e valorizza il *concorso al progresso della società*, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un *apprezzabile arco di tempo*»¹⁰. Analoghi requisiti sono stati previsti dalla legge per poter accedere al reddito di inclusione¹¹ e al reddito di cittadinanza. Deve però essere evidenziato che, in seguito ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹², da ultimo la Corte costituzionale – con la sentenza Corte cost., 4 marzo 2022, n. 54 – ha dichiarato illegittime le norme statali che escludono dalla concessione degli assegni di natalità e di maternità i cittadini di Paesi terzi ammessi a fini lavorativi e quelli ammessi a fini diversi dall'attività lavorativa ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di durata superiore a sei mesi.

4. *L'illegittimità della residenza prolungata come criterio premiale nella formazione delle graduatorie per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica*

Essendo oramai consolidata nella giurisprudenza l'illegittimità della residenza prolungata come condizione per accedere agli alloggi ERP, il legislatore dell'Abruzzo ha declinato tale requisito come criterio premiale in sede di formazione delle graduatorie. La Corte ha ritenuto la norma irragionevole e discriminatoria.

⁸ Corte cost., sentenza del 16 luglio 2013, n. 222.

⁹ Corte cost., sentenza del 19 maggio 2014, n. 141.

¹⁰ Corte cost., sentenza del 4 dicembre 2019, n. 50.

¹¹ V. la pronuncia di inammissibilità Corte cost., sentenza del 19 giugno 2020, n. 146.

¹² V. CGUE (Grande sezione), sentenza del 2 settembre 2021, C-350/30, ECLI:EU:C:2021:659.

Il *leit motiv* della sentenza è quello della necessità di valorizzare il rapporto tra la legge e il “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3, c. 2, Cost.), specie quando il legislatore «è chiamato a erogare prestazioni e servizi connessi ai bisogni vitali dell’individuo, come quello abitativo». Come già affermato in precedenti decisioni, le norme che intendono valorizzare la stabile presenza sul territorio non sono considerate *sic et simpliciter* illegittime, ma devono essere assoggettate «ad uno stretto scrutinio di costituzionalità», in quanto devono rispettare l’obiettivo di assicurare il diritto all’abitazione ai non abbienti e ai bisognosi. Per la Corte, al legislatore è consentito dare rilievo alla prospettiva di stabilità (da evincersi da indici *che non siano la lungo residenza*), purché però questo criterio sia secondario rispetto a quelli che sono sintomo di uno stato di necessità. Questo passaggio motivazionale sembra escludere la legittimità di ogni norma che preveda la lungo residenza come criterio premiale.

Ci sono però altri elementi della motivazione che potrebbero indurre a ritenere che il criterio della lungo residenza, a “piccole dosi”, non sia illegittimo. Così, ad esempio, si legge che «non si può non constatare l’evidente “sopravalutazione”, operata dal legislatore regionale, della situazione connessa all’anzianità di residenza rispetto al rilievo conferito alle altre condizioni, e segnatamente a quelle che più rispecchiano la situazione di bisogno»; o ancora che «la residenza protratta costituisce solo un *indice debole* di quella stessa “prospettiva della stabilità” alla quale ... può essere dato legittimo rilievo», o ancora che il disegno normativo «tende a *sopravalutare* una “condizione del passato” (sentenza n. 44 del 2020) rispetto alle condizioni (soggettive e oggettive) del presente». Qui l’approccio appare simile a quello che caratterizza la già citata Corte cost., sentenza del 16 luglio 2013, n. 222, in cui il criterio del radicamento territoriale era stato ritenuto non illegittimo, purché si desse rilievo non solo alla durata del soggiorno, ma anche ad altri indici di un legame stabile tra il soggetto e la comunità.

Parimenti interessante è che la Consulta abbia prospettato un criterio premiale alternativo, ossia l’“anzianità di presenza” nelle graduatorie, che «darebbe evidenza a un fattore di bisogno rilevante in funzione del servizio erogato, e quindi idoneo a combinare il dato del *radicamento* con quello dello stesso *bisogno*». Tale criterio è un motivo di perplessità in quanto, anche a volerne ammettere la non irragionevolezza, rischia di comportare una discriminazione indiretta dello straniero, in quanto l’“anzianità” di presenza nelle graduatorie è più facilmente conseguibile da chi vanta una residenza prolungata sul territorio. Pertanto, è da ritenersi che anch’esso debba essere declinato come criterio secondario e marginale rispetto a quello, primario e centrale, dell’intensità del bisogno.

5. *La discriminazione dello straniero attraverso l'imposizione di oneri burocratici speciali e ingiustificati*

Nella sentenza in commento il giudice delle leggi ha altresì dichiarato illegittima la disposizione che imponeva al solo straniero extracomunitario l'onere burocratico di produrre la *documentazione* relativa all'eventuale possesso di immobili nel Paese di origine o di provenienza. La Corte ha inoltre dato un'interpretazione adeguatrice della disposizione che prevedeva analogo onere con riferimento a redditi e patrimoni disponibili nel Paese in cui lo straniero ha la residenza fiscale. Per la Corte, tale norma si applica al solo richiedente non avente la residenza fiscale in Italia, in quanto tale condizione reddituale e patrimoniale è sottratta alle verifiche fiscali delle autorità italiane. Inoltre, la disposizione secondo cui si è esenti dall'onere «qualora le rappresentanze diplomatiche o consolari dichiarino *l'impossibilità* di acquisire tale documentazione nel Paese di origine o di provenienza», è da intendersi nel senso che l'onere viene meno anche in caso di *estrema difficoltà* di acquisirla o di *mancata risposta* entro un termine congruo da parte delle autorità competenti.

Deve essere ricordato che oneri analoghi sono rinvenibili in numerosi regolamenti regionali e bandi comunali, in diversi casi ritenuti illegittimi da parte di giudici comuni¹³. Anche la legge istitutiva il reddito di cittadinanza ha previsto per lo straniero l'onere di allegare una *certificazione* dei requisiti reddituali e patrimoniali, rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero¹⁴; un successivo decreto ministeriale ha individuato diciannove Paesi reputati in grado di rilasciare tale documentazione¹⁵.

Due sono quindi le considerazioni che si possono formulare. In primo luogo, ad avviso di chi scrive c'è un profilo di discriminazione che non è stato rilevato. Tale onere avrebbe dovuto essere previsto anche per i cittadini italiani o di un Paese UE aventi la residenza fiscale all'estero. È inoltre dubbio che la norma assolva in concreto alla funzione di consentire la ricognizione dei redditi e patrimoni fuori dai confini, che ben possono essere posseduti o percepiti anche se il soggetto ha la residenza fiscale in Italia.

¹³ Con specifico riferimento agli alloggi ERP v. Trib. Milano, ordinanza del 20 marzo 2020, in causa *ASGI e altri c. Comune di Sesto San Giovanni*.

¹⁴ Art. 2, c. 1-bis, d.l. 4/2019, convertito dalla l. 26/2019.

¹⁵ Decreto dei Ministeri degli esteri e del lavoro del 21.10.2019 (pubblicato nella GU il 5.12.2019); v. anche v. A. GUARISO, *L'infinito conflitto tra divieti di discriminazione e welfare "selettivo"*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, pp. 540-541.

In secondo luogo, l'interpretazione adeguatrice ha il limite di rimettere alla competenza delle pubbliche amministrazioni, degli avvocati e dei giudici l'applicazione della norma conforme a Costituzione¹⁶. Tale corretta applicazione è resa ancor più difficile dal fatto che la Corte ha ommesso di fare anche incidentalmente riferimento al decreto ministeriale recante l'elenco di diciannove Paesi "affidabili". Alcune amministrazioni potrebbero quindi richiedere l'adempimento dell'onere documentale anche in relazione ad altri Paesi, per poi misurare in caso di inadempimento o di ritardo, non si sa in base a quale criterio, quella "ordinaria diligenza per procurarsi la documentazione" che la stessa Corte chiede allo straniero di dimostrare all'amministrazione. Conforme a Costituzione e ai principi generali del diritto amministrativo (art. 18, c. 2, l. 241/1990), invece, sarebbe stato prevedere che è onere delle amministrazioni competenti reperire la relativa documentazione da uno dei diciannove Paesi "affidabili", per il tramite delle rappresentanze diplomatiche o consolari, ed escludere in radice qualunque onere laddove si tratti di Paesi non "affidabili".

¹⁶ Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007, p. 217 ss., spec. p. 232.

L'ACCESSO AI BENEFICI SOCIALI DI NATALITÀ E DI MATERNITÀ
PER I CITTADINI STRANIERI TITOLARI
DI PERMESSO UNICO DI LAVORO

Maria Teresa Ambrosio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda. – 3. L'iter argomentativo della CGUE.
– 3.1. Sulla qualificazione delle prestazioni controverse, oggetto della vicenda. –
3.2. Sull'applicazione del principio di parità di trattamento *ex art. 12, par. 1, lett.*
e), della direttiva 2011/98. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nella sentenza del 2 settembre 2021, *O.D. et altri c. INPS*¹, la Corte di Giustizia dell'Unione europea torna a pronunciarsi sull'esclusione illegittima dei cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso unico di lavoro dalle prestazioni rientranti nella sfera della sicurezza sociale. Nella specie, la Corte ha riconosciuto il diritto dei cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso unico di lavoro ad accedere ai benefici sociali di natalità e di maternità previsti dalla normativa italiana.

Come si vedrà fra breve, la decisione dei giudici di Lussemburgo ha contribuito alla migliore comprensione dell'ambito di applicazione del diritto derivato dell'UE in materia di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, oltre a confermare l'importanza e la necessità di un dialogo tra le Corti quando in questione vi è la tutela dei diritti fondamentali della persona umana riconosciuti sia dalle Costituzioni nazionali sia dal diritto europeo.

L'esito del dialogo pregiudiziale tra le Corti (nella specie, la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia) potrebbe rivelarsi inoltre decisivo per sbloccare l'accesso ad altre prestazioni sociali (il bonus asilo nido, ad esempio) per le quali, per analoghe o similari ragioni a quelle indicate nella sentenza che qui si commenta, non potrà essere precluso l'accesso ai cittadini di stranieri titolari di un permesso unico di lavoro.

* Assegnista di Ricerca, Università degli Studi del Molise

¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 settembre 2021, *O.D. et altri contro Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, C-350/20, ECLI:EU:C:2021:659

2. *La vicenda*

La sentenza in commento trae origine dal rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte costituzionale italiana nell'ambito di diverse controversie tra cittadini di Paesi terzi, titolari di un permesso unico di lavoro², e l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (da qui in avanti, INPS) in merito al rifiuto di quest'ultimo di concedere l'assegno di natalità e l'assegno di maternità ai richiedenti. Costoro, contrariamente a quanto prescritto dalla legge n. 190/2014 e dal d.lgs. n. 151/2001, non possedevano un permesso di soggiorno di lunga durata. La legge n. 190/2014 annovera, invero, tra i beneficiari dell'assegno di natalità i cittadini italiani, i cittadini di altri Stati membri nonché i cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso di soggiorno di lunga durata. Il d.lgs. n. 151/2001, a sua volta, individua tra i beneficiari dell'assegno di maternità le donne residenti in Italia che siano cittadine di tale Stato membro o di un altro Stato membro dell'Unione o che siano titolari di un permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo.

Alcuni dei cittadini stranieri a cui l'INPS aveva negato i benefici sociali summenzionati impugnavano il rigetto amministrativo innanzi al giudice del lavoro, convinti del carattere discriminatorio della decisione alla luce del principio della parità di trattamento contenuto nell'art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE³.

Nell'ambito di tali controversie si ricorreva poi alla Corte di Cassazione la quale, ritenendo che la disciplina dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità violasse diverse disposizioni della Costituzione italiana, sollevava questioni di costituzionalità⁴ relative all'art. 1, co. 125, l. n. 190/2014 e all'art. 74, d.lgs. n. 151/2001 nella parte in cui questi ultimi subordinano la concessione del beneficio sociale alla titolarità di un permesso di soggiorno di lungo periodo per i cittadini di Paesi terzi⁵.

² In attuazione della Direttiva 2011/98/UE, il permesso unico di lavoro e soggiorno è stato introdotto nel nostro ordinamento con d.lgs. n. 40 del 6 aprile 2014.

³ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

⁴ Vds. le ordinanze interlocutorie Cass. civ., sez. L, ordinanze del 17 giugno 2019, nn. 175; 177; 178; 179; 180; 181; 182; 188; 189; 190.

⁵ Il possesso di tale requisito imporrebbe, di conseguenza, ai soli stranieri extra-Ue di dimostrare di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari a carico, di disporre di un alloggio di dimensioni adeguate e conforme ai requisiti igienico-sanitari, e un regio-

La Corte costituzionale investita della questione, ritenendo che il divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia (garantiti dalla Costituzione) debbano essere interpretati alla luce del diritto dell'Unione, chiedeva a sua volta alla Corte di Giustizia dell'Ue di precisare la portata del diritto di accesso alle prestazioni sociali, riconosciuto dall'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), e del diritto alla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale per i lavoratori di Paesi terzi così come indicato dall'art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE. Nello specifico, la Corte chiedeva «se l'articolo 34 della Carta debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) e j), del regolamento n. 883/2004, richiamato dall'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98, e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari di permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di un permesso di soggiorno dell'Unione per soggiornanti di lungo periodo».

3. *L'iter argomentativo della CGUE*

Nella sentenza che qui si commenta, pronunciata in Grande Sezione, la CGUE ha confermato l'orientamento della più avanzata giurisprudenza nazionale (in particolare, le decisioni di merito spesso avallate da quelle di legittimità)⁶ ed europea, che sul tema dell'accesso a talune prestazioni sociali si

lare soggiorno di almeno cinque anni nel territorio italiano. In letteratura è stato pertanto ravvisato, *prima facie*, il fondato rischio di una discriminazione diretta, vds. S. GIUBBONI, *L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel "dialogo" tra le Corti*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2021, p. 4. Tra la vasta letteratura sul tema si segnala A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati: alla ricerca della solidarietà perduta*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2/2020, p. 247 ss.; W. CHIAROMONTE, *I requisiti di accesso all'assegno di natalità alla prova del diritto antidiscriminatorio*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3/2017, p. 527 ss.

⁶ I giudici italiani, a differenza dell'amministrazione competente (INPS), hanno spesso riconosciuto anche ai titolari di permesso unico di soggiorno e lavoro la possibilità di accedere alle prestazioni di sicurezza sociale attraverso l'applicazione diretta del principio di parità di trattamento di cui all'art. 12, paragrafo 1, lett. e), della direttiva 2011/98. Sul punto, si rinvia alla banca dati ASGI al sito https://www.asgi.it/banca-dati/?fwp_tematica=contrasto-alle-discriminazioni&fwp_sotto_aree=giurisprudenza-italiana.

apre all'applicazione del diritto derivato, in particolare alla parità di trattamento dei cittadini stranieri titolari di un permesso unico di lavoro⁷. La Corte di giustizia, infatti, ha ritenuto che l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che esclude i cittadini di Paesi terzi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) e c) di tale direttiva, dal beneficio di un assegno di natalità e di un assegno di maternità quali previsti dalla normativa italiana⁸.

In relazione al primo punto («se l'articolo 34 della Carta debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) e j), del regolamento n. 883/2004, richiamato dall'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98») si evince sia dalla formulazione lessicale della decisione sia dall'*iter* argomentativo svolto dalla Corte di Giustizia che l'interpretazione dell'art. 34 CDFUE sia rimasta sullo sfondo nonostante la Corte costituzionale avesse posto al centro del rinvio proprio l'art. 34 CDFUE al fine di ottenere chiarimenti circa la portata e l'efficacia interna della disposizione⁹.

⁷ In letteratura, per gli opportuni riferimenti, si rinvia a W. CHIAROMONTE, A. GUARISO, *Discriminazione e Welfare*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, pp. 329 ss.; CGUE, sentenza del 21 giugno 2017, *Martinez Silva c. INPS e Comune di Genova*, C-449/16 ECLI:EU:C:2017:485, in riferimento alla quale si segnala il commento di W. CHIAROMONTE, *Diniego dell'assegno per il nucleo familiare, discriminazione collettiva per nazionalità e legittimazione ad agire delle associazioni*, in *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, II, 2018, p. 109 ss.; CGUE, sentenza del 25 novembre 2020, *INPS c. WS*, C-302/19, ECLI:EU:C:2020:955, per la quale sia consentito il rinvio a M.T. AMBROSIO, *Parità di trattamento e sicurezza sociale: l'erogazione dell'assegno familiare anche per i periodi di assenza dallo Stato membro*, in A. BUFALINI, G. DEL TURCO, F.L. GATTA, M. SAVINO, F.V. VIRZÌ, D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADiM 2020. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2021, pp. 205-211.

⁸ È opportuno ricordare che l'art. 3 della direttiva 2011/98 disciplina l'ambito di applicazione *ratione personae* della stessa. In particolare, ai sensi del par. 1, lett. b), essa si applica «ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno ai sensi del regolamento (CE) n. 1030/2002» e, ai sensi del par. 1, lett. c), «ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o nazionale».

⁹ È opportuno ricordare che l'art. 34 CDFUE, rubricato "Sicurezza sociale e assistenza sociale", contiene una serie di disposizioni volte ad assicurare il godimento dei diritti legati alle prestazioni sociali. In particolare, il par. 1 stabilisce che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione

La CGUE si è invece concentrata sul diritto derivato, in particolare sull'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98 e sull'art. 3, par. 1, lett. b) e j) del regolamento n. 883/2004 osservando che, in virtù del regolamento citato, l'art. 12, par. 1, lett. e) dà espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'art. 34, par. 1 e 2, CDFUE. Pertanto, la Corte ha esaminato la questione relativa alla conformità della normativa italiana con il diritto dell'Unione unicamente alla luce della direttiva 2011/98, verificando se l'assegno di natalità e di maternità costituiscano prestazioni rientranti nei settori della sicurezza sociale di cui all'art. 3, par. 1, del regolamento n. 883/2004.

3.1. *Sulla qualificazione delle prestazioni controverse, oggetto della vicenda*

Sulla qualificazione dei benefici sociali di natalità e di maternità la CGUE ha dunque posto particolare rilievo. Preliminarmente, essa ha ricordato che la distinzione tra le prestazioni ricomprese nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004 e quelle che ne sono escluse è basata sugli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare sulle finalità e sui presupposti per la concessione del beneficio, e non sul fatto che una prestazione sia qualificata o meno come previdenziale da una normativa nazionale.

Per quanto attiene l'assegno di natalità, la Corte di Lussemburgo lo riconduce alla categoria della prestazione familiare *ex art. 3, par. 1, lett. j)*, del regolamento n. 883/2004 (punto 60). Trattasi, infatti, di un assegno che viene concesso automaticamente ai nuclei familiari che rispondono a determinati criteri oggettivi definiti *ex lege*, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali dei richiedenti¹⁰. Il beneficio viene concesso mediante un contributo in denaro pubblico destinato al bilancio familiare per alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento di un figlio appena nato o adottato (punti 53-54).

in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali»; il par. 2 dispone che «Ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Sulle ragioni del «minimalismo argomentativo» della CGUE si rinvia a D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O.D. et altri c. INPS*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021, pp. 19, 10-17.

¹⁰ Cfr. CGUE, sentenza del 14 giugno 2016, *Commissione c. Regno Unito*, C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436.

Per quanto concerne l'assegno di maternità, questo è invece riconducibile al settore della sicurezza sociale di cui all'art. 3, par. 1, lett. b), del regolamento citato, essendo concesso o negato tenendo conto, oltre che dell'assenza di un'indennità di maternità concessa a un rapporto di lavoro o allo svolgimento di una libera professione, delle risorse del nucleo di cui fa parte la madre sulla base di un criterio oggettivo e legalmente definito, ossia l'indicatore della situazione economica, senza che l'autorità competente possa tener conto di altre circostanze personali (punto 62).

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Giustizia include l'assegno di natalità e l'assegno di maternità nei settori della sicurezza sociale in relazione ai quali i cittadini di paesi terzi di cui all'art. 3, par. 1, lett. b) e c), della direttiva 2011/98, beneficiano del diritto alla parità di trattamento previsto da detta direttiva (punto 64).

3.2. Sull'applicazione del principio di parità di trattamento ex art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98

La Corte chiarisce poi la portata e il campo di applicazione dell'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98, ossia il diritto alla parità di trattamento con riferimento ai cittadini di Paesi terzi che non siano titolari di un permesso di soggiorno di lunga durata. Al riguardo, i giudici di Lussemburgo sottolineano che la normativa nazionale che esclude tali cittadini dal godimento degli assegni di natalità e di maternità non è conforme all'art. 12, par. 1, lett. e) non essendosi l'Italia avvalsa della facoltà che la direttiva 2011/98 ha offerto agli Stati membri di limitare la parità di trattamento. Di conseguenza, la disposizione di cui all'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi di cui all'art. 3, par. 1, lett. b) e c) di detta direttiva dal beneficio di un assegno di natalità e di un assegno di maternità previsti dalla normativa nazionale.

Deve ricordarsi, a tale riguardo, che nel luglio 2019 la Commissione europea aveva avviato, proprio in merito alla disciplina italiana qui esaminata, una procedura di infrazione contro l'Italia¹¹. Da ultimo, la legge europea 2019/2020 – approvata definitivamente in terza lettura dopo il primo passaggio alla Camera dei Deputati (1° aprile 2021) e il successivo passaggio in Senato (3 novembre 2021) – ha sanato il contrasto della normativa italiana con il diritto dell'Unione superando così la procedura d'infrazione avviata dalla Commissione¹².

¹¹ Vds. procedura di infrazione n. 2019/2100 concernente il permesso unico, direttiva 2011/98/UE.

¹² L'art. 3 della legge europea 2019/2020 (consultabile al sito

4. Conclusioni

Nell'economia del presente contributo non può non segnalarsi come il percorso della giurisprudenza (nazionale ed europea) pronunciatisi sulla illegittima esclusione dalle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi che non siano titolari di un permesso di lungo soggiorno abbia segnato importanti passi in avanti nella promozione dei diritti dei cittadini stranieri. In questo cammino di riconoscimento e di garanzia dei diritti, la Corte costituzionale è stata spesso chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di quei rigorosi requisiti di accesso degli stranieri extra Ue alle prestazioni di sicurezza sociale, previsti talvolta dal legislatore statale e talaltra dal legislatore regionale¹³. Alla luce di ciò e della disamina delle questioni (soprattutto quelle pregiudiziali) sottese alla sentenza in commento è doveroso sottolineare che, nei giorni scorsi, la Corte costituzionale ritornando proprio sulle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di Cassazione sul caso *O.D. et altri c. INPS* ha (finalmente) dichiarato incostituzionali le norme che escludono dalla concessione dell'assegno di natalità (c.d. bonus bebè) e dell'assegno di maternità i cittadini di Paesi terzi ammessi a fini lavorativi e quelli ammessi a fini diversi dall'attività lavorativa ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di durata superiore a sei mesi ritenendo pertanto incostituzionale – ai fini dell'accesso alle summenzionate prestazioni sociali – il requisito del permesso di lungo soggiorno per i cittadini extra-Ue¹⁴.

<https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/ID0011e.Pdf>) stabilisce che il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale (nello specifico, assegno di natalità di cui alla legge n. 190/2014 e assegno di maternità di cui al d.lgs. n. 151/2001) spetta anche ai titolari di permesso unico lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi (come indicato al nuovo art. 41, comma 1-ter, d.lgs. n. 286/1998).

¹³ Cfr. M. FIERRO, *Prestazioni sociali e cittadinanza. La giurisprudenza della Corte costituzionale*, consultabile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_298_Prestazioni_sociali_cittadinanza_trilaterale.pdf.

¹⁴ Ufficio Stampa della Corte Costituzionale, Comunicato del 12 gennaio 2022, *Bonus bebè e assegno di maternità: incostituzionale il requisito del permesso di lungo soggiorno per gli stranieri*, Roma 12 gennaio 2022, consultabile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220112103101.pdf. La sentenza n. 54 dell'11 gennaio 2022 della Corte costituzionale è stata depositata il 4 marzo 2022 ed è consultabile al sito <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2022&numero=54>.

L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SOCIALI DEI MINORI STRANIERI:
LA DECISIONE DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI
SUL RECLAMO COLLETTIVO CONTRO LA GRECIA

Eleonora Celoria*

SOMMARIO: 1. I presupposti del reclamo: le condizioni dei minori stranieri in Grecia. – 2. La decisione sui provvedimenti immediati e l'inadempienza dello Stato greco. – 3. Le questioni preliminari: la posizione del governo greco e l'ambito di applicabilità della Carta. – 4. La decisione nel merito: le singole violazioni riscontrate. – 5. Il principio dell'effettività nella pronuncia del CESD.

1. *I presupposti del reclamo: le condizioni dei minori stranieri in Grecia*

Il 12 luglio 2021 è stata pubblicata la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) sul reclamo collettivo presentato nel 2018 dalla International Commission of Jurists (ICJ) e dallo European Council on Refugees and Exiles (ECRE)¹. Il reclamo ha avuto ad oggetto la violazione di numerosi diritti contemplati nella Carta sociale europea (di seguito, la Carta) da parte dello Stato greco nei confronti dei minori stranieri sul suo territorio.

Sotto il profilo dei soggetti interessati, il reclamo ha riguardato sia la posizione dei minori accompagnati sia quella dei minori stranieri non accompagnati (MSNA). La prima categoria comprendeva i bambini giunti sulle isole di Lesbo, Chios, Samos e Kos insieme ai genitori e che sono rimasti per mesi o per anni all'interno dei centri di identificazione (RIC), sulla base delle regole introdotte per attuare l'approccio hotspot². Questi luoghi sono caratterizzati da un perdurante sovraffollamento e da carenze sistemiche nell'accesso alle cure, al sostegno psicologico e all'istruzione, nonché dall'esposizione delle categorie più vulnerabili a violenze fisiche, abusi e

* Dottoranda in diritto penitenziario e diritto dell'immigrazione presso la scuola di dottorato in "Diritti e Istituzioni", Università di Torino.

¹ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Decisione sul reclamo n. 173/2018 - International Commission of Jurists (ICJ) and European Council for Refugees and Exiles (ECRE) v. Greece.

² V. MORENO-LAX, J. ALLSOP, E. TSOURDI, P. DE BRUYKKER, A. DE LEO, *The EU Approach on Migration in the Mediterranean*, Bruxelles, 2021.

sfruttamento. Quanto ai MSNA, la denuncia delle associazioni non ha riguardato soltanto le condizioni di vita negli hotspots, ma si è estesa ai trattamenti patiti sulla terraferma poiché molti di loro sono stati costretti a vivere in strada, oppure sono stati collocati in stazioni di polizia e centri di detenzione, per la carenza di posti in comunità specifiche per minori.

Le plurime criticità che affliggono il sistema di accoglienza e di protezione dei minori, sia negli hotspots sia in Grecia continentale, sono testimoniate da innumerevoli rapporti di organizzazioni greche e internazionali, abbondantemente citati nel reclamo e richiamati anche dal Comitato nella decisione. Sulla base di tali evidenze, ECRE e ICJ hanno sostenuto che lo Stato greco fosse inadempiente rispetto alle obbligazioni derivanti dalle disposizioni della Carta, e in particolare dagli articoli 7 (10), 11 (1,3), 13, 16, 17 (1,2) e 31 (1,2). Nello specifico, le violazioni si riferivano: al rischio, per i minori, di incorrere in violenze, abusi e sfruttamento; al mancato accesso alle cure, all'assistenza sanitaria, all'educazione e ad un alloggio adeguato; all'assenza di un effettivo sistema di tutela per i MSNA e alla loro detenzione illegittima. Tra le prassi oggetto di reclamo vi era, infatti, anche quella della *protective custody*, riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come una forma di *de facto detention*³.

2. La decisione sui provvedimenti immediati e l'inadempienza dello Stato greco

A sei mesi dalla registrazione del reclamo, il Comitato si è pronunciato sulla sua ammissibilità e ha contestualmente indicato alla Grecia di adottare provvedimenti immediati volti a proteggere i minori⁴. Il potere del CEDS di imporre alle Parti contraenti l'esecuzione di misure urgenti è stato introdotto soltanto nel 2011, e testimonia la progressiva "giurisdizionalizzazione" dell'organo in esame⁵. La tutela reale che può derivare dalle *interim measures*

³ Corte EDU, sentenza del 28 febbraio 2019, *H.A. and Others v. Greece*, ric. n. 19951/2016; Corte EDU, sentenza del 13 giugno 2019, *Sh.D. and Others v. Greece, Austria, Croatia, Hungary, North Macedonia, Serbia and Slovenia*, ric. n. 14165/2016.

⁴ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Decisione sull'ammissibilità delle misure urgenti, 23 maggio 2019: <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-173-2018-dadmissandimmed-en>.

⁵ A. UBEDA DE TORRES, *The Horizontal Effect of Social Rights in the Lights of the European Social Charter and the European Committee of Social Rights' Case Law*, in C. IZQUIERDO-SANS, C. MARTINEZ CAPDEVILA, M. NOGUEIRA-GUSTAVINO, *Fundamental Rights Challenges*, 2021.

in questa sede è difficilmente equiparabile a quella realizzata dallo stesso istituto in altri sistemi, ad esempio quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nonostante ciò, lo strumento è indicativo della volontà del Comitato di garantire l'effettività dei diritti sottoposti al suo scrutinio e può, inoltre, esplicare un effetto persuasivo rafforzato nei confronti dello Stato coinvolto nella procedura, esortandolo a modificare le proprie leggi o prassi in via preventiva⁶.

Nel caso in esame il Comitato ha ammonito che i minori stranieri «evidently are at risk of serious irreparable harm to their lives», sottolineando l'eccezionalità della situazione e l'estrema criticità della posizione dei minori. Gli esperti hanno quindi richiesto alla Grecia di garantire l'accesso a cibo, alloggi e cure mediche; di provvedere all'immediata nomina di un tutore per i MNSA; di interrompere la loro detenzione, applicando misure alternative al trattenimento da identificarsi con l'inserimento dei minori in adeguati centri di accoglienza. Le autorità greche, tuttavia, si sono dimostrate inadempienti rispetto agli interventi indicati. Tale circostanza ha assunto un peso centrale nella decisione sul merito, adottata nel gennaio 2021: l'assenza di un miglioramento nelle condizioni dei minori, ed anzi l'aggravarsi della situazione di sovraffollamento di alcuni hotspots e l'aumento del numero di MSNA privati della libertà ha indotto il CEDS a rimproverare allo Stato di non aver compiuto progressi sufficienti e soddisfacenti.

3. *Le questioni preliminari: la posizione del governo greco e l'ambito di applicabilità della Carta*

Nella decisione sul merito, il Comitato ha infatti riconosciuto la violazione di quasi tutte le disposizioni invocate, ed in particolare degli artt. 7 (10); 11 (1 e 3); 17 (1,2), 31 (1,2). Prima di analizzare brevemente le ragioni che hanno portato a tali conclusioni, è opportuno accennare ad alcune questioni preliminari che presentano profili di interesse in ragione dell'orientamento seguito, improntato al principio dell'effettività dei diritti. Vengono subito in rilievo le posizioni degli esperti sulle argomentazioni avanzate dallo Stato resistente, che si è difeso sostanzialmente in due modi: da un lato, la Grecia ha sottolineato i progressi compiuti sul piano legislativo, da identificarsi soprattutto nell'adozione di una legge di riforma del sistema di tutela dei MSNA

⁶ R. PILLAIS, *Irreparable Harm and ESC Rights: Immediate Measures of the European Committee of Social Rights*, in *OpinioJuris*, 7 agosto 2019.

(L. 4554/2018). Dall'altro, ha chiesto di tenere in considerazione che l'apparato di accoglienza è stato sottoposto a forti e inaspettate pressioni legate all'afflusso eccezionale di richiedenti asilo, soprattutto sulle isole greche. Sul primo punto il Comitato, pur ammettendo che la legge del 2018 costituisca uno sviluppo positivo, ha contestato come questa non fosse ancora stata applicata a distanza di due anni dalla pubblicazione. Il tema centrale è però un altro: il CEDS ha ammonito che le cesure prospettate nel reclamo non si collocano su un piano strettamente normativo, quanto piuttosto «they relate to the failure to give effect in practice to some of the principles and rights recognised by existing legislation» (par. 93). L'approccio adottato è dunque pragmatico e realista, fondato sul principio di effettività dei diritti: è possibile riscontrarne una violazione anche quando la prassi non è allineata con le previsioni della normativa interna, a causa dei ritardi o delle inadempienze dello Stato⁷.

Il Comitato si è pronunciato anche sulla seconda argomentazione del governo greco, seppur nell'ambito specifico dell'analisi circa la violazione del diritto all'abitazione. La posizione che ha assunto è stata in ogni caso particolarmente netta, poiché non lascia alcuno spazio al bilanciamento tra la tutela del diritto in esame e la cd. "crisi migratoria" – nodo ricorrente anche nella recente giurisprudenza di Strasburgo in materia di immigrazione⁸. Il Comitato ha precisato che «the difficulties for a State in managing the situation at its borders cannot absolve that State of its obligations under Article 31 2 [...] or otherwise limit or dilute its responsibility under the Charter»: nemmeno l'elevato numero di richiedenti asilo presenti ai confini può giustificare la mancata predisposizione di un alloggio, seppure temporaneo, per i minori migranti.

Ulteriore profilo di interesse della decisione è quello relativo alla portata *rationae personae* dei diritti sociali. Secondo quanto formulato nell'Annesso alla Carta, le garanzie ivi contenute non sarebbero applicabili agli stranieri provenienti da Stati non aderenti, nè tantomeno a chi si trovi in situazione di irregolarità. In realtà, il Comitato ha progressivamente sviluppato una coraggiosa giurisprudenza *contra legem* che scardina la previsione testuale della

⁷ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Decisione del 10 ottobre 2020, *Syndicat national des Professions du tourisme c. Francia*, recl. n. 6/1999, par. 26.

⁸ Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09; Corte EDU, sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia and others v. Italy*, ric. n. 16483/12; Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

Carta⁹, quantomeno con riferimento ai diritti che si pongono come «precondizioni essenziali alla preservazione della dignità umana»¹⁰. Diritti quali quelli alla salute, all'educazione, all'abitazione e alla protezione sociale sono applicabili anche agli stranieri irregolari, compresi i minori, nella misura in cui l'esclusione di tali soggetti dalla tutela in esame «would have seriously detrimental consequences for their fundamental rights»¹¹.

Nella decisione in commento il Comitato si è riferito diffusamente alla propria precedente giurisprudenza, a conferma dell'approdo ormai consolidato (parr. 76-78), salvo poi ritenere che a quasi tutti i minori interessati dal reclamo potesse estendersi una protezione maggiore in ragione del loro status di richiedente asilo. Gli esperti si sono richiamati alle Conclusioni del 2015 sull'interpretazione dei diritti dei rifugiati sulla base della Carta e hanno ribadito che la protezione fornita non deve farsi discendere dal provvedimento amministrativo di riconoscimento formale dello status di rifugiato (parr. 80-83).

Così facendo hanno sostanzialmente equiparato i richiedenti asilo ai rifugiati, rinforzandone la protezione rispetto a quanto generalmente disposto negli ordinamenti (o nelle prassi) degli Stati contraenti. Secondo l'Annesso alla Carta, infatti, i soggetti coperti dalla Convenzione di Ginevra devono ricevere «un trattamento altrettanto favorevole» a quello disciplinato da detta Convenzione. Per quanto riguarda, ad esempio, il diritto all'abitazione, il Comitato conferma che richiedenti asilo e rifugiati debbano aver accesso non soltanto a soluzioni abitative emergenziali (come previsto per gli stranieri irregolari), ma anche ad un alloggio stabile e duraturo.

⁹ C. NIVARD, *Précision sur les droits de la Charte sociale européenne bénéficiant aux étrangers en situation irrégulière*, in *La Revue Des Droits de l'Homme* [En Ligne], 27 novembre 2014.

¹⁰ G. PALMISANO, *Il diritto alla protezione della salute nella Carta Sociale Europea*, in *Sidiblog*, 27 maggio 2016.

¹¹ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Decisione del 23 ottobre 2012, *DCI v. Belgium*, recl. n. 69/2011, parr. 84-86; Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Decisione del 24 gennaio 2018, *EUROCEF v. France*, recl. n. 114/2015, parr. 57, 135-139; Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Decisione del 20 ottobre 2009, *DCI v. the Netherlands*, recl. n. 47/2008, parr. 46-48. Per una analisi approfondita, si rimanda a C. PANZERA, *Stranieri e diritti nel sistema della Carta sociale europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2018.

4. *La decisione nel merito: le singole violazioni riscontrate*

Venendo, dunque, alle statuizioni sulle singole previsioni della Carta, il Comitato ha ritenuto che le gravi e sistemiche carenze nell'accoglienza dei minori abbiano determinato la violazione degli articoli 7 (10), 11 (1,3), 17 (1,2) e 31 (1,2), che contemplano rispettivamente i diritti alla protezione dai pericoli fisici e morali, alla salute, alla protezione sociale, economica e giuridica, all'educazione e all'abitazione.

Il mancato rispetto delle obbligazioni di cui all'art. 7 (10) è derivato dal fatto che i minori, non potendo accedere a strutture adeguate, sono stati esposti a danni fisici e morali, inclusi di natura psicologica, ricollegabili alla vicinanza con contesti violenti e circuiti di sfruttamento e tratta.

Anche la violazione del diritto alla salute e all'accesso alle cure, di cui all'articolo 11 (1 e 3), è stata fatta discendere dalla mancanza di luoghi di accoglienza idonei, cui si è accompagnata la carenza di professionisti sanitari e il ritardo ingiustificato nell'assistenza psicologica. Infine, l'assenza di posti in centri specifici per minori e il fatto che questi siano stati costretti a dormire in tende, strutture sovraffollate e inadeguate, oppure per strada, ha inevitabilmente comportato un giudizio di non conformità con l'articolo 31, tanto rispetto all'onere di fornire di alloggi temporanei, quanto in relazione a soluzioni abitative stabili. Infine, il Comitato ha individuato una violazione dell'articolo 17 (2) poiché l'85% dei minori – accompagnati e non – sulle isole greche non ha potuto frequentare programmi di istruzione pubblici.

Quanto all'articolo 17 (1), il CEDS ha riscontrato come l'assenza di un adeguato sistema di protezione dei MSNA e la pratica della *protective custody* fossero entrambe in contrasto con il diritto in esame. Con riferimento alla privazione della libertà connaturata alla *protective custody*¹², gli esperti hanno ribadito che i bambini «should not be detained, and that their detention cannot be justified solely on the grounds that they are unaccompanied, or on the basis of their migratory or residence status» (par. 172), riferendosi altresì alla posizione del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia del 2017 che sancisce la contrarietà della detenzione al superiore interesse del minore. Quest'ultimo esempio è rappresentativo dell'approccio metodologico seguito dal Comitato, che spesso prende in considerazione le posizioni degli organi del Consiglio d'Europa (CoE), la giurisprudenza CEDU, ma anche gli orientamenti affermatasi all'interno del sistema internazionale di tutela dei diritti umani. Infatti, anche nel caso in esame, l'attività interpretativa del CEDS si è

¹² Si rimanda alla nota 3.

arricchita degli spunti forniti da altri organismi di tutela dei diritti umani, quali ad esempio il Comitato sui diritti dell'infanzia e il Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione, così garantendo la coerenza della decisione con i principi di diritto internazionale sui diritti dell'infanzia.

5. *Il principio dell'effettività nella pronuncia del CEDS*

La decisione in commento presenta diversi profili di interesse, che in questa sede potranno essere solo brevemente tratteggiati. In primo luogo, la pronuncia arricchisce la giurisprudenza del CEDS in materia dei diritti sociali dei migranti, fornendo nuove precisazioni sui diritti dei richiedenti asilo, soggetti che, a differenza della maggioranza delle categorie già destinatarie delle decisioni del Comitato, non hanno necessariamente un legame stabile con il territorio. Inoltre, attraverso il richiamo al principio dell'effettività, viene sancito che (per lo meno alcuni) diritti sociali debbano essere garantiti anche nell'ambito di contesti apparentemente emergenziali e in "spazi d'eccezione" quali spesso sono le frontiere esterne (Kasperek, 2016) e indipendentemente dall'esistenza di una "crisi migratoria".

In secondo luogo, la lettura della decisione induce ad una riflessione sul contributo che, in un sistema pluralistico quale quello in cui si inserisce la Carta, può essere offerto dall'approccio metodologico seguito dal CEDS con particolare riferimento ai diritti dei minori stranieri. Vengono qui in rilievo la predisposizione ad interpretare le norme in via teleologica e sistematica, e l'apertura e ricerca di dialogo con le norme e i principi di diritto internazionale dei diritti umani¹³. Ciò ha comportato, ad esempio, che su temi quali il superiore interesse del minore o la detenzione (estremamente rilevanti anche per l'interpretazione delle norme CEDU) il Comitato europeo si sia allineato con l'orientamento del Comitato ONU per i diritti l'infanzia. L'apertura ad accogliere posizioni più avanzate di quelle sin qui sposate dalla Corte EDU potrebbe contribuire ad influenzare la successiva giurisprudenza di quest'ultima¹⁴. Questo non soltanto perchè la Convenzione deve essere in-

¹³ C. PANZERA, *Stranieri e diritti nel sistema della Carta sociale europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2018.

¹⁴ Sull'influenza conformativa esercitata dal CEDS, si veda F. PERRONE, *La forza vincolante delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CGIL c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1/2020.

terpretata in armonia con le altre norme di diritto internazionale¹⁵ ma, soprattutto, per il “legame inestricabile” che esiste tra i diritti della Convenzione e quelli della Carta, elemento che il Comitato non ha mancato di sottolineare e di cui la Corte EDU non potrà non tener conto¹⁶.

Inoltre, anche sotto il distinto profilo dell’impatto della decisione sul contesto greco, il caso in esame rappresenta un esempio positivo della complementarità dell’azione degli organi del Consiglio d’Europa. Indubbiamente, il sistema della Carta sociale può apparire l’anello “debole” nell’insieme di tutele previste a livello sovranazionale. Questo non significa, tuttavia, che il suo meccanismo di monitoraggio non possa in alcun modo influenzare le scelte dello Stato inadempiente alle proprie obbligazioni¹⁷.

Ad esempio, con riferimento alla prassi della *protective custody*, la posizione adottata dalla Corte di Strasburgo è stata echeggiata e “puntellata” da quella del Comitato: le pressioni congiunte operate da queste due corti hanno certamente avuto un peso nelle recenti decisioni del governo greco in materia di garanzie dei minori (con la L. 4760/2020 è stata abolita la possibilità di applicare l’istituto della *protective custody* e, a partire dalla primavera 2021, è stato finalmente avviato un meccanismo di identificazione e protezione dei MSNA).

Per concludere, non può negarsi che per decenni i diritti della Carta sociale e la figura del CEDS abbiano avuto poco spazio nel dibattito sui diritti fondamentali, compresi quelli di migranti e rifugiati. La decisione pubblicata nel luglio 2021, però, pare aprire a nuove prospettive per un ruolo sempre più significativo del Comitato nel monitoraggio e nella tutela della posizione di minori o soggetti vulnerabili. Si pensi, ad esempio, ai richiedenti asilo costretti a vivere in “campi” sovraffollati, ancora presenti in Grecia e sempre più diffusi anche in altri Stati dell’UE, in cui si riscontrano violazioni sistemiche dei diritti di chi vi abita. Questi “spazi” fisici e giuridici non sembrano destinati ad essere superati, soprattutto alla luce di alcune recenti proposte incluse nel Patto Europeo sulla Migrazione e l’Asilo¹⁸. A ciò si aggiunge un

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2011, *Bayatyan v. Armenia*, ric. n. 23459/2003; Corte EDU, sentenza del 6 luglio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, ric. n. 41615/2007.

¹⁶ Decisione in commento, par. 220.

¹⁷ L. JIMENA QUESADA, *Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees*, in M. D’AMICO, G. GUIGLIA, *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, 2014.

¹⁸ L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *Eumigrationlawblog*, 27 ottobre 2020.

dato: non sempre la criticità delle condizioni di vita, nei campi o negli hotspots, raggiunge (fortunatamente) la soglia dei trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU. Dunque, le inadempienze degli Stati non possono essere sistematicamente ricondotte entro l'ambito di applicazione della Convenzione, pur potendo mettere a repentaglio l'incolumità, la salute e la dignità delle persone coinvolte. Sotto questo punto di vista, il Comitato potrebbe essere l'organo più indicato a conoscere delle possibili violazioni, sia in ragione della sua specializzazione in materia di diritti sociali, sia per il coraggio sin qui mostrato nelle scelte interpretative in merito a universalità ed effettività dei diritti.

L'efficacia della tutela offerta dalla Carta, e dall'azione del CEDS, seppur non assimilabile a quella attivabile nel contesto della CEDU, non può dunque essere trascurata. È però necessario che gli attori competenti si facciano promotori della sua applicazione. Da un lato, le organizzazioni sociali hanno a loro disposizione una procedura più informale e meno onerosa, anche dal punto di vista probatorio e in relazione all'esperimento dei rimedi interni, rispetto a quella disciplinata dalla Convenzione¹⁹. Dall'altro, anche avvocati e giudici potranno ricoprire un ruolo importante richiamandosi, nei giudizi instaurati di fronte alle corti nazionali, al contenuto della Carta e alle interpretazioni del Comitato. Benchè, con riferimento al contesto italiano, le decisioni del CEDS siano state qualificate dalla Corte Costituzionale quali "autorevoli" ma non vincolanti²⁰, non può dubitarsi della piena applicabilità del trattato e della sua giustiziabilità normativa.

Appare pertanto auspicabile – in attesa dell'intensificarsi di un dibattito che promuova il riconoscimento dell'efficacia vincolante alle decisioni del CEDS – che le corti interne contribuiscano al processo di superamento del ruolo "marginale" della Carta sociale, dal momento che in questo modo si potrebbe altresì rafforzare la tutela dei diritti sociali dei minori stranieri e, più in generale, dei soggetti vulnerabili.

¹⁹ M.F. VALETTE, *Protection and Promotion of Migrants' Social Rights by the European Committee of Social Rights*, in *Revue Européenne des Migrations Internationales*, Vol. 32/2016.

²⁰ L. PANELLA, *La Carta Sociale Europea come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale ex art. 117 co 1 Cost. Revirement della Corte Costituzionale o ambigui progressi in materia di parità tra fonti internazionali?*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2020.

MIGRAZIONE, TRADUZIONE GIURIDICA, *LEGAL DESIGN*:
CANALI NON VERBALI DI COMUNICAZIONE GIURIDICA
FINALIZZATI ALL'INTEGRAZIONE*

Olimpia Giuliana Loddo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Comunicazione giuridica in immagini rivolta agli stranieri: alcuni esempi. – 2.1. Il Progetto Know Your Rights. Visual Guide for Syrian Refugees. – 2.2. Anti-fraud comics. Fumetti per proteggere i migranti dalle frodi. – 2.3. Fumetti e illustrazioni per favorire l'integrazione dei lavoratori stranieri. – 2.4. *Teching about Refugees*: l'esempio dell'UNHCR. – 3. Conclusioni. Disegnare norme nel bene e nel male: un mero strumento.

1. *Introduzione*

Il linguaggio verbale non è l'unico possibile canale di comunicazione giuridica. Questo fatto emerge nella quotidianità. Infatti, negli aeroporti, nelle stazioni, nelle strade, nei locali pubblici o negli ambienti digitali ci imbattiamo continuamente in forme di comunicazione non-verbale destinate ad agevolare e velocizzare la comprensione di un messaggio normativo (si pensi, ad esempio, ai segnali tattili o a quelli acustici destinati ai soggetti affetti da disabilità sensoriale, ai segnali stradali¹, alle icone presenti nelle diverse forme di segnaletica nei locali pubblici o nelle piattaforme web istituzionali). Sia chi viaggia sul web, sia chi viaggia per mare o per terra deve essere in grado di capire velocemente e agevolmente cosa può o non può fare².

I canali non-verbali possono divenire vettori di comunicazione normativa.

* Questo saggio è stato redatto nell'ambito del progetto "Atti giuridici, immagini, istituzioni: la forma dell'atto giuridico nell'era del Legal Design", finanziato da Fondazione Sardegna nel 2019 CUP F72F20000430007.

** Borsista di ricerca, Università di Cagliari – Normativity.

¹ M. KRAMPEN, *Icons of the Road*, in *Semiotica*, n. 43/1983, pp. 1-204.

² Sul tema dell'uso delle immagini per la creazione e la rappresentazione di norme si vedano ad esempio, G. LORINI, S. MORONI, *How to Make Norms with Drawings*, in *Semiotica*, n. 233/2020, pp. 55-76; G. LORINI, *La norma disegnata*, in P. LECIS, P. SALIS, V. BUSACCHI (a cura di), *Realtà, verità e rappresentazione*, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 341-350; O. LODDO, *The Background of Normative Pictures*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, n. 4/2020: pp. 563-583.

Chiaramente la complessità del linguaggio giuridico non può essere integralmente ridotta a forme di comunicazione non-verbale. Tuttavia, le immagini, i disegni, gli schemi, le animazioni possono rappresentare un utile strumento per agevolare la comprensione di un messaggio giuridico, rendendolo accessibile anche a soggetti provenienti da contesti giuridici e linguistici differenti.

Ad esempio, il sistema dei segnali stradali era stato introdotto proprio per garantire ai viaggiatori di percorrere in sicurezza, nel rispetto delle norme vigenti, le strade di paesi stranieri dei quali non dividevano la lingua.

Gli stranieri, invero, sono tra i principali fruitori di queste forme di comunicazione giuridica, poiché, spesso, oltre a non conoscere gli istituti giuridici che regolano la vita del paese dove si trovano, non condividono la stessa lingua madre del legislatore.

La tematica della comunicazione giuridica verso gli stranieri ha attratto l'interesse degli studiosi del *legal design*. Il *legal design* è una applicazione alla comunicazione giuridica dello *human-centred design*, ovvero di quel processo di progettazione incentrato sulle caratteristiche naturali e culturali del destinatario e, più in generale, sulle peculiarità della psicologia e della percezione umana. In altri termini, per *human-centred design*³ si intende una forma di progettazione che corrisponde alle esigenze e alle capacità del potenziale destinatario.

Chiaramente, nel caso del *legal design*, l'attenzione è rivolta al potenziale fruitore del messaggio giuridico, ed in particolare a quello più fragile sotto il profilo della comunicazione⁴.

Questo porta alla scelta di un canale di comunicazione che consente al destinatario una piena (o una migliore) comprensione del messaggio. Un segno individuato dalle convenzioni internazionali, come, ad esempio, un segnale di divieto, o che è stato spontaneamente condiviso attraverso canali culturali internazionali (fumetti, cinema, disegni animati, musica) potrà essere più agevolmente compreso da uno straniero rispetto ad un'espressione verbale che è nota solo nell'ambito di una specifica comunità linguistica o che sia riconducibile ad un linguaggio tecnico noto solo a pochi esperti⁵.

³ Sul tema dello *human centred design* si veda, ad esempio, D. NORMAN, *The Design of Everyday Things*, New York, 2013.

⁴ Di notevole interesse, in tal senso, M. HAGAN, *Law by Design*, al sito web: <https://lawbydesign.co/>

⁵ C. R. BRUNSCHWIG, *Visual Law and Legal Design: Questions and Tentative Answers*, in *Jusletter-IT*, 2021.

2. *Comunicazione giuridica in immagini rivolta agli stranieri: alcuni esempi*

La comunicazione giuridica attraverso l'utilizzo di canali semiotici complementari al linguaggio verbale, si arricchisce di nuovi strumenti, volti ad abbattere le barriere linguistiche, che spesso sono il presupposto di quelle giuridiche e di quelle culturali.

In questo senso, gli stranieri sono i principali beneficiari dell'adozione di queste strategie di comunicazione giuridica incentrate sul destinatario.

I canali non-verbali di comunicazione possono avere ad oggetto sia i diritti sia i doveri degli stranieri che per varie ragioni e partendo da diversi *status* (immigrato, richiedente asilo, rifugiato, apolide, etc.) si apprestano a intraprendere un percorso (temporaneo o definitivo) di integrazione e inserimento in un nuovo Stato⁶.

I canali di comunicazione non-verbale (o solo parzialmente verbale), ad esempio, possono illustrare degli istituti dei quali gli stranieri si possono avvalere, possono aiutarli a difendersi da possibili truffe, possono agevolare l'inserimento in uno specifico contesto lavorativo nel paese che li ospita. Talora, per uno straniero può essere fondamentale anche solo sapere che un particolare istituto sia vigente nel paese che lo ospita.

Per chiarire meglio le potenzialità del *legal design*⁷ e, in particolare, di alcune forme di adattamento dei testi giuridici al linguaggio visivo nella comunicazione con gli stranieri possiamo esaminare alcuni esempi⁸.

2.1. *Il progetto Know Your Rights. Visual Guide for Syrian Refugees*

Un primo esempio è il progetto "Know Your Rights", realizzato dall'associazione MADRE e dalla CUNY school of Law. Il progetto si rivolge principalmente ai rifugiati siriani che si spostano verso Libano, Turchia e Giordania.

⁶ M. SIFITOPOULOU, *Understanding Migration through Translating the Multimodal Code*, in *Journal of Pragmatics*, n. 170/2020, pp. 284-300.

⁷ Per una recente ricostruzione in lingua italiana della letteratura internazionale sul legal design si veda B. DE MURO, M. IMPERIALE, *Legal Design. Come il design può semplificare il diritto*, Milano, 2021.

⁸ Sul tema si veda, ad esempio, H. HAPIO, D. PLEWE, R. DE ROOY, *Contract Continuum: From Text to Images, Comics, and Code*, in E. SCHWEIGHOFER (a cura di), *Trends and Communities of Legal Informatics. Proceedings of the 20th International Legal Informatics Symposium IRIS 2017*, Wien, 2017, pp. 411-418.

Indubbiamente, i problemi che ci vengono in mente quando parliamo di rifugiati sono legati alla guerra e alla necessità di vedere soddisfatti bisogni elementari come la sicurezza o il cibo. Tuttavia, un gran numero di donne e bambini rifugiati non è identificato e la mancanza di identificazione rende difficile per costoro l'accesso ai servizi essenziali attraverso i canali ufficiali. I rifugiati, spesso, non registrano matrimoni e non denunciano le nascite che avvengono nei paesi ospitanti, nonostante tali adempimenti siano necessari ai fini dell'accesso a particolari benefici e del riconoscimento di particolari diritti.

Per affrontare questo problema, l'associazione MADRE e la CUNY Law School hanno collaborato per progettare e pubblicare una guida illustrata volta ad informare i rifugiati sull'importanza della registrazione delle nascite e dei matrimoni e fornire informazioni sulle risorse disponibili a livello locale⁹.

2.2. *Anti-fraud comics. Fumetti per proteggere i migranti dalle frodi*

L'Immigrant Legal Resource Center (ILRC), un centro che fornisce informazioni e supporto legale ai migranti, ha realizzato dei fumetti per informare sui pericoli delle frodi in materia di immigrazione. Gli *anti-fraud comics*¹⁰ forniscono alle persone informazioni al fine di consentire loro di evitare alcuni dei tipi più comuni di truffe (*scam*) perpetrate ai danni dei migranti. Si tratta di truffe che si basano prevalentemente su false credenze sul diritto delle migrazioni statunitensi. I truffatori da un lato contribuiscono a diffondere false informazioni, dall'altro sfruttano alcuni aspetti della normativa statunitense, ad esempio, innescando una procedura di deportazione dei migranti che, di fatto, impedisce alle vittime di reagire efficacemente contro il truffatore. La versione in lingua spagnola (e la sua traduzione in inglese) descrive "*The 10 Year Benefit/Cancellation of Removal Scam*" e "*the New Amnesty Scam*", mentre la versione cinese (e la sua traduzione in inglese) descrive la "truffa sulla certificazione del lavoro", e la "truffa della rinuncia alla di-

⁹ Il dépliant è scaricabile dal sito <https://www.madre.org/press-publications/your-support-action/know-your-rights-visual-guide-syrian-refugees> (visitato da ultimo il 31/01/2022).

¹⁰ Il progetto degli *Anti-Fraud Comics for Migrants* è riportato nel sito dello Stanford Legal Design Lab, <https://www.legaltechdesign.com/2013/11/legal-comics-for-immigrants-anti-fraud/> (visitato da ultimo il 31/01/2022). I dépliant sono scaricabili dal sito dell'ILRC <https://www.ilrc.org/anti-fraud-comics>. (visitato da ultimo il 31/01/2022).

sabilità per la naturalizzazione”. I protagonisti di questi depliant a fumetti sono migranti irregolari che percorrono le varie fasi delle truffe e, in conclusione, si rendono conto dell’inganno grazie al supporto di giuristi che chiariscono il reale quadro normativo.

2.3. *Fumetti e illustrazioni per favorire l’integrazione dei lavoratori stranieri*

Comic contract. Una pratica concernente l’uso di immagini in ambito giuridico, dalla quale i lavoratori migranti traggono vantaggi in termini di comprensione dei propri diritti, sono i contratti di lavoro a fumetti (i c.d. *comic contract*). Tali forme contrattuali sono uno dei prodotti più innovativi del *legal design*¹¹.

In questo caso il fumetto non si limita ad illustrare una norma già esistente, ma ha valore di un vero e proprio contratto. Il contratto a fumetti è firmato dalle parti ed è vincolante esattamente come un contratto tradizionale. Tra gli esempi più noti di contratti a fumetti ricordo quelli realizzati dall’avvocato sudafricano Robert De Roy, fondatore della società *Creative contracts*¹². De Roy, collaborando con un disegnatore professionista, realizzò un contratto regolante gli aspetti fondamentali del rapporto di lavoro (mansioni, orari, retribuzione, modalità di esecuzione della prestazione lavorativa).

Vendor Power. Negli studi sul *legal design* è menzionato il progetto *Vendor Power*¹³, realizzato dal designer Candy Chang. Si tratta di un progetto che non riguarda specificamente il diritto delle migrazioni, ma è rivolto prevalentemente ai lavoratori stranieri che, nell’intraprendere l’attività di venditore ambulante, incontrano gravi difficoltà, anche a causa delle barriere linguistiche e culturali. Il fine del progetto è quello di informare i venditori sulle norme che regolano questo particolare tipo di commercio nella città di New York. I destinatari del *depliant* sono, quindi, gli oltre 10.000 venditori ambulanti che operano a New York.

¹¹ M. MURRAY, *Cartoon Contracts and the Proactive Visualization of Law*, University of Massachusetts Law Review, 2020.

¹² Nel sito della società <https://creative-contracts.com/> descrive come l’idea teorica dei comic contract abbia potuto trovare concreta applicazione nella pratica giuridica.

¹³ Scaricabile dal sito <http://candychang.com/work/street-vendor-guide/>. L’opera di Chang è richiamata nel saggio di H. HAPIO, *Contract Clarity and Usability through Visualization*, in F.T. MARCHESE, E. BANISSI (a cura di) *Knowledge Visualization Currents*, London, 2012.

Nell'ambito del *The Street Vendor Project*, Chang ha collaborato con il *Center for Urban Pedagogy* per la realizzazione di una guida per i venditori ambulanti di New York. I venditori ambulanti, pur appartenendo a fasce di reddito spesso ai limiti dell'indigenza subiscono delle sanzioni pecuniarie piuttosto onerose. In base a quanto si afferma nella pagina di descrizione del progetto, le violazioni sanzionate sono talora determinate da una mancata conoscenza della normativa vigente.

Candy Chang ha tradotto in forma grafica (tramite fumetti e schemi) le regole più comunemente violate. Oltre alla versione inglese il *dépliant* è stato tradotto nelle lingue più diffuse tra i lavoratori stranieri (arabo, bengalese, cinese, e spagnolo). Inoltre, la guida racconta brevemente la storia del commercio ambulante a New York e le storie personali dei venditori. Infine, gli autori del *dépliant* formulano considerazioni e proposte per una riforma della regolamentazione del commercio di strada.

2.4. *Teaching about Refugees: l'esempio dell'UNHCR*

L'uso delle immagini nella comunicazione giuridica è un potente strumento di divulgazione di informazioni circa le peculiarità dello *status* degli stranieri sul piano del diritto internazionale. In questo senso, le attività di divulgazione condotte dall'UNHCR sono un interessante esempio. Nell'ambito del progetto *Teaching about Refugees*¹⁴, l'UNHCR ha realizzato una serie di cortometraggi animati a carattere divulgativo, finalizzati a chiarire le peculiarità e le differenze relative allo status dei rifugiati, dei richiedenti asilo, dei migranti e degli apolidi. I cortometraggi espongono gli elementi essenziali della normativa internazionale e le fondamentali differenze tra i quattro diversi status.

3. *Conclusioni. Disegnare norme nel bene e nel male: un mero strumento*

Se l'idea di utilizzare un canale di comunicazione diffuso può prestarsi a favorire l'integrazione, attraverso l'abbattimento delle barriere linguistiche, il contenuto della norma non è determinato dalla sua forma di rappresentazione. L'uso delle immagini in ambito giuridico non è necessariamente volto a

¹⁴ I video possono essere visualizzati su Youtube (<https://www.youtube.com/channel/UCy-vai5-kfN3UJWEmORXADQ>) o sul sito dell'UNHCR (<https://www.unhcr.org/teaching-about-refugees.html>).

favorire l'integrazione. Pare chiaro che una norma discriminatoria, anche se rappresentata tramite fumetti, non muta la sua natura. Sono tristemente celebri, in questo senso, le rappresentazioni a fumetti (pubblicate nella rivista *La difesa della razza*¹⁵) delle norme imposte dalle leggi razziali entrate in vigore in Italia nel 1938. Dunque, il carattere inclusivo della rappresentazione grafica di norme concerne la dimensione comunicativa.

Tuttavia, non si può escludere a priori che anche una rappresentazione grafica di norme meramente descrittiva, oltre a chiarire la disciplina di un particolare istituto, possa incentivare la sua applicazione rafforzandone la forza vincolante e l'efficacia o, al contrario, nascondere un intento critico e riformatore. In quest'ultimo caso, ad esempio, l'autore della rappresentazione a fumetti di un testo normativo può decidere di illustrare gli effetti perversi di una norma e mettere in evidenza quelle che ritiene siano le problematiche emergenti e le criticità di un istituto. In questo modo, contribuirebbe (sia pure indirettamente) ad influenzare l'opinione pubblica e favorirebbe un'eventuale riforma da parte del legislatore.

¹⁵ Alcune vignette che illustrano le disposizioni delle leggi razziali possono essere visualizzate al seguente link http://archivio.casadellaresistenza.it/archivi/sites/default/files/pagina_interna_gallery/DifesaRazza03.jpg. (visitato da ultimo il 31/01/2022).

L'ACQUISTO DELLA CITTADINANZA

“AMPLIARE IL NUMERO DEI CITTADINI” O RICONOSCERE LA CITTADINANZA AGLI STRANIERI? OVVERO DELLA FISIONOMIA DEL POTERE DI CONCESSIONE DELLA CITTADINANZA

Serena Stacca*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'andamento del processo. – 3. La decisione del Consiglio di Stato. – 4. Un potere schiacciato sugli interessi dello Stato, anziché su quelli dell'individuo. – 5. Il criterio assorbente della irrepremissibilità morale.

1. *Introduzione*

Con la sentenza n. 8133 del 2020¹, la terza sezione del Consiglio di Stato si pronuncia in materia di cittadinanza e conferma l'orientamento tradizionale. Essa, muovendo dall'argomento dell'alta discrezionalità dei provvedimenti di concessione o di diniego della cittadinanza, ribadisce soprattutto la centralità della sicurezza e dell'ordine pubblico, quali unici interessi rilevanti ai fini della decisione amministrativa, cui corrisponde il criterio dell'irrepremissibilità morale e civile dello straniero. Per il giudice, consequenziali sono le limitazioni al riconoscimento in capo al soggetto richiedente di alcune garanzie sostanziali, procedurali e processuali.

La pronuncia merita attenzione perché consente di mettere in evidenza i limiti di tale approccio, se considerati nella prospettiva del soggetto richiedente e sul presupposto che il provvedimento di diniego della cittadinanza rientra tra gli atti della pubblica amministrazione che più di altri incidono negativamente nell'altrui sfera giuridica, in quanto direttamente collegati alla realizzazione di diritti fondamentali.

* Ricercatrice di Diritto Amministrativo, Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli.

¹ Cons. St, sez. III, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8133. I passaggi in seguito riportati nel testo e in nota si riferiscono alla pronuncia in commento.

2. *L'andamento del processo*

Il Consiglio di Stato è stato chiamato a decidere della legittimità del provvedimento di diniego di concessione della cittadinanza italiana, emanato nei confronti di uno straniero per «contiguità del richiedente a movimenti aventi scopi non compatibili con la sicurezza della Repubblica»². In particolare, è stato chiamato a pronunciarsi sul vizio di difetto assoluto di motivazione del provvedimento, vizio dedotto dall'appellante e già respinto dalla prima sezione del Tar Lazio.

Al fine di acquisire gli atti su cui «si fonda la valutazione di pericolosità» e, quindi, il rigetto dell'istanza di cittadinanza, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessaria un'integrazione dell'istruttoria³ e ha perciò disposto, con ordinanza, incumbenti istruttori a carico del Ministero dell'Interno. Tali richieste sono state più volte reiterate, con altrettante ordinanze, a fronte del perdurante inadempimento (temporale e contenutistico) dell'amministrazione. Al primo ordine istruttorio l'amministrazione rispondeva infatti quando la causa era stata già trattenuta in decisione inviando alla segreteria della terza sezione una busta chiusa 'riservata' proveniente dal Ministero dell'interno⁴. Nella nota si indicava, quale elemento ostativo alla concessione della cittadinanza, la circostanza che «lo straniero in oggetto manteneva, da sempre, un atteggiamento di forte critica verso la cultura occidentale»⁵.

Ritenuto insufficiente a giustificare il provvedimento di diniego, il Consiglio di Stato ha quindi ripetuto l'ordine istruttorio, con una serie di prescrizioni, cui l'amministrazione ha dato seguito, ancora con ritardo, mediante l'invio di una relazione, «coperta da riservatezza (perché rientrante tra gli 'atti classificati')»⁶. In questa relazione sono state riportate le condanne del movimento culturale al quale il richiedente risultava essere vicino. L'appellante ha ribadito i motivi di gravame, segnatamente, il difetto di motivazione dell'atto impugnato, «non essendo emerso [neppure dalla seconda risposta dell'amministrazione] alcun nuovo elemento idoneo a precisare o dimostrare in cosa si sostanzierebbe 'l'atteggiamento di forte critica verso la cultura occidentale', sulla base del quale la presente difesa può replicare»⁷.

² Punto 1, in fatto.

³ Punto 2, in fatto.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Punto 1, in diritto.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

3. *La decisione del Consiglio di Stato*

L'elemento ostativo al riconoscimento dello *status* di cittadino italiano, contenuto nella seconda relazione del Ministero dell'Interno, ha convinto il Consiglio di Stato, che infatti ha dichiarato legittimo il provvedimento di diniego e quindi respinto l'appello perché infondato.

La decisione si sviluppa intorno ad alcune caratteristiche che si ritiene connotino il potere amministrativo in materia di cittadinanza. Il collegio ricorda innanzitutto che il provvedimento di concessione della cittadinanza, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. f) della l. 5 febbraio 1992, n. 91⁸, è «atto squisitamente discrezionale di 'alta amministrazione', condizionato all'esistenza di un interesse pubblico [alla sicurezza e all'ordine pubblico] che con lo stesso atto si intende raggiungere e da uno 'status illesae dignitatis' (morale e civile) di colui che lo richiede». Diretta «esplicazione del potere sovrano dello Stato di ampliare il numero dei propri cittadini», il riconoscimento o meno della cittadinanza italiana, «non può [in altri termini] che tradursi in un apprezzamento di opportunità» rispetto al quale assumono rilievo decisivo tutti quegli aspetti che farebbero dello straniero un perfetto cittadino, pienamente integrato nel tessuto sociale italiano, privo di precedenti e pendenze penali, capace di assolvere ai doveri di solidarietà economica e sociale, dotato di una condotta irreprensibile⁹.

Il Consiglio di Stato precisa inoltre che il potere ampiamente discrezionale in materia di cittadinanza è altresì informato a principi di precauzione e cautela, in una sorta di valutazione di prevalenza dell'interesse nazionale rispetto all'interesse del cittadino di altro Stato a conseguire la cittadinanza italiana, che è pertanto «inevitabilmente recessivo e sottoposto a severa verifica istruttoria, affidata non solo alle autorità locali di pubblica sicurezza [...], ma anche agli organismi specificamente preposti ai servizi di sicurezza dello Stato»¹⁰.

Stante la delicatezza degli interessi pubblici coinvolti, il procedimento amministrativo può infine essere improntato a modalità compatibili con la riservatezza e dunque non soggetto «ai pieni canoni di trasparenza che debbono caratterizzare l'attività amministrativa ordinaria», con la conseguenza che «lo stesso obbligo di motivazione del diniego si presta ad essere adeguatamente calibrato», come pure il sindacato giurisdizionale, che in questa ma-

⁸ Recante «Nuove norme sulla cittadinanza».

⁹ Punto 2, in diritto.

¹⁰ Punto 3, in diritto.

teria è limitato a un controllo «estrinseco e formale», «non può [cioè] spingersi al di là della verifica della ricorrenza di un sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole»¹¹.

Tutto questo emerge nella vicenda in esame: se il riconoscimento della cittadinanza non ammette «nessuna ombra di inaffidabilità del richiedente [...] circa la piena adesione ai valori costituzionali», giacché l'interesse alla sicurezza e all'ordine pubblico è di rango superiore a qualsiasi altro interesse, deve allora dirsi priva di vizi logico-valutativi e motivazionali e anzi del tutto «idonea, per la giustificazione del diniego [...], la mera valutazione che a persone contigue, simpatizzanti o comunque idealmente vicine o in contatto con un movimento responsabile di attività gravemente delittuose, non si possa riconoscere lo status di cittadino italiano»¹².

4. *Un potere schiacciato sugli interessi dello Stato, anziché su quelli dell'individuo*

La sentenza in commento conferma un approccio al tema della concessione della cittadinanza basato su una lettura del potere amministrativo sbilanciato sui valori della sicurezza e dell'ordine pubblico. Occorre adesso misurare i limiti di simile approccio, specie in considerazione del 'peso' del potere di concessione della cittadinanza sull'esercizio o meno di diritti fondamentali.

Ebbene, come si legge nella sentenza, la natura del potere amministrativo in materia di cittadinanza è quella che lo equipara al potere amministrativo proprio degli atti di alta amministrazione, condizionato «all'esistenza di un interesse pubblico che con lo stesso atto si intende raggiungere»¹³. Si tratta della concezione più diffusa in giurisprudenza¹⁴, in base alla quale l'altissimo

¹¹ Punto 2, in diritto.

¹² Punto 3, in diritto.

¹³ Punto 2, in diritto.

¹⁴ Si vedano, tra molte altre, Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 28 febbraio 2017, n. 2932; Tar Lazio, sez. I-ter, sentenza del 16 marzo 2017, n. 3555; Cons. St., sez. VI, sentenza del 1° ottobre 2008, n. 4748; Cons. St., sez. III, sentenza del 25 agosto 2016, n. 3696. Si veda inoltre la rassegna di R. CLERICI, *Cittadinanza e apolidia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017, pp. 1 ss.

tasso di discrezionalità del potere amministrativo in tale ambito deriva dalla circostanza che in questi casi l'autorità pubblica deve decidere sull'istanza dello straniero solo in base alla sua pericolosità sociale¹⁵: una volta accertati i presupposti per proporre domanda di cittadinanza, l'amministrazione deve in altre parole compiere un'operazione di valutazione circa possibili *vulnera* all'ordinamento, in termini di sicurezza della Repubblica e di ordine pubblico, derivanti dalla presenza dello straniero nel territorio nazionale. Un «apprezzamento di opportunità»¹⁶, dunque, rispetto al quale assumono rilevanza esclusivamente gli interessi pubblici, mentre appaiono recessivi gli interessi del soggetto richiedente¹⁷.

Le implicazioni in punto di garanzie (sostanziali, procedurali e processuali) derivanti da una simile impostazione, ascrivibile tuttora all'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa, sono all'evidenza percepibili.

Innanzitutto, deve osservarsi che l'operazione di valutazione circa la compatibilità della richiesta di cittadinanza con l'ordine e la sicurezza pubblica avviene in assenza di parametri che consentano di delinearne i confini. In altri termini, la pubblica amministrazione effettua un giudizio prognostico circa la pericolosità sociale del richiedente affidandosi a clausole generali destituite del supporto di ogni tipologia di *standard* valutativo: il che, oltre al rischio di vedere adottati motivi di diniego anche soltanto vagamente riconducibili a tali clausole, finisce per incidere pure sulla giustiziabilità dei provvedimenti. In mancanza di regole e di elementi di fatto predefiniti che rendano prevedibile il giudizio di pericolosità sociale, è chiaro che i margini di sindacabilità da parte del giudice non possono che essere deboli, riconducibili a un controllo meramente estrinseco e formale dell'atto. In questa materia, può cioè dirsi che «il passaggio dalla tradizionale valutazione di ordine pubblico, ampiamente discrezionale, alla più rigorosa – e garantista – ipotesi di esercizio della discrezionalità tecnica»¹⁸ non si è compiuto e sembra di là

¹⁵ Sul potere discrezionale della pubblica amministrazione in materia di cittadinanza, v., tra molti altri, P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*, in *Federalismi.it*, n. 20/2018, pp. 1 ss.

¹⁶ Punto 2, in diritto.

¹⁷ Punto 3, in diritto.

¹⁸ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 239, cui in generale si rinvia per i profili inerenti le esigenze di garanzia degli stranieri richiedenti cittadinanza frustrate dalla prevalenza di non verificabili ragioni di interesse pubblico.

da compiersi. Questo, mentre in altri contesti¹⁹ si discute addirittura di aprire al controllo pieno del giudice amministrativo sulle decisioni fondate su presupposti di natura tecnica, opinabili e assai complessi²⁰.

Non basta. Se, per quanto detto, il potere della pubblica amministrazione è discrezionale perché si determina sulla valutazione del solo interesse pubblico, ne consegue che non vi è la necessità di prendere in considerazione gli interessi individuali e le esigenze che spingono uno straniero a fare richiesta di cittadinanza italiana. Ciò significa che è consentita, dietro «esigenze di sicurezza nazionale»²¹, non solo un'istruttoria procedimentale improntata ai metodi della riservatezza, ma anche un'istruttoria parziale, nella quale si può evidentemente fare a meno di un giudizio globale sulla personalità del richiedente, che faccia leva sulla verifica di elementi quali, per esempio, i legami familiari, l'attività lavorativa, il radicamento nel territorio e la condotta complessivamente adesiva ai valori dell'ordinamento. Ne deriva pure l'ineffettività dei diritti di partecipazione prescritti dalla legge n. 241/1990, a cominciare dalla garanzia del contraddittorio (sacrificabile ancora una volta a fronte della riservatezza delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione²²); così come ne discende il ridimensionamento dell'obbligo di motivazione, il quale si presta a essere calibrato in funzione «della delicatezza degli interessi coinvolti»²³ e dunque a essere adempiuto e considerato ammissibile anche in forme semplificate, non dettagliate, né circostanziate.

A ben vedere, l'impostazione conservatrice assecondata dalla terza sezione del Consiglio di Stato implica altresì il rischio di non vedere rispettati da parte delle autorità amministrative procedenti i principi che informano l'attività discrezionale, muovendo dall'assunto dell'assenza di interessi da bilanciare. Il pericolo di elusione riguarda in particolare il principio di proporzionalità²⁴, a fronte del collegamento esistente tra i provvedimenti di diniego

¹⁹ Per esempio nell'ambito del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti.

²⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza del 15 luglio 2019, n. 4990. In tema si rinvia a M. ALLENA, *La full jurisdiction tra sindacato di 'maggiore attendibilità' del giudice amministrativo e mito della separazione dei poteri*, in A. CARBONE (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, 2020, pp. 23 ss.

²¹ Punto 3, in diritto.

²² Sul tema, v. F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2019, pp. 641 ss.

²³ Cons. St., sez. III, sentenza del 29 marzo 2019, n. 2102.

²⁴ Sulla cui rilevanza cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2010, *Janko*

cittadinanza e l'esercizio di diritti fondamentali. In questa logica, il parametro della proporzionalità assumerebbe infatti importanza già nel corso dell'esercizio del potere, perché consentirebbe di conformarne il contenuto, prefigurando un potere 'proporzionato' al tipo di atto e al fine individuato dalla legge²⁵; così come nondimeno sarebbe decisivo in ambito giurisdizionale, soprattutto nello svolgimento del giudizio sulla necessità della misura adottata.

5. *Il criterio assorbente della irrepreensibilità morale*

Le criticità appena rilevate, derivanti dalla prevalenza data a ragioni di interesse pubblico (per lo più non prevedibili né verificabili), nella contemporanea pretermissione degli elementi positivi a sostegno dell'istanza, possono dirsi rafforzate da un ulteriore dato. Nella sentenza si legge che il provvedimento di concessione della cittadinanza è «atto squisitamente discrezionale di 'alta amministrazione', condizionato [...] da uno 'status illesae dignitatis' (morale e civile) di colui che lo richiede»²⁶. In pratica, il Consiglio di Stato, adeguandosi anche sotto questo profilo all'indirizzo predominante²⁷, individua nella irrepreensibilità morale e civile il criterio che deve ispirare la valutazione circa i possibili *vulnera* alla sicurezza dello Stato discendenti dalla presenza di un soggetto straniero nel territorio nazionale.

È evidente che così ragionando la posizione dello straniero è già in astratto compromessa, richiedendosi un *quantum* di moralità superiore a quella posseduta mediamente dalla collettività nazionale in un dato momento storico. Infatti, non solo diventa sufficiente dare peso a un unico dato negativo per considerare un individuo non degno di appartenere all'ordinamento ita-

Rottmann v. Freistaat Bayern, C-135/08, con il commento di M. SAVINO, *EU Citizenship: Post-National or Post-Nationalist? Revisiting the Rottmann Case through Administrative Lenses*, in *ERPL/REDP*, vol. 23, n. 1/2011, pp. 1 ss. Cfr. inoltre di recente CGUE, Grande Sezione, sentenza del 12 marzo 2019, *M.G. Tjebbes e altri v. Minister van Buitenlandse Zaken*, C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189.

²⁵ Sulle diverse declinazioni del principio di proporzionalità si rinvia da ultimo a A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministratori*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2016, pp. 697 ss.

²⁶ Punto 2, in diritto.

²⁷ V., tra altre, Cons. St., sez. III, sentenza del 25 agosto 2016, n. 3696; Cons. St., sez. III, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 657.

liano, ma appare altresì verosimile che la valutazione si basi su mere fattispecie di sospetto o su surrettizi automatismi preclusivi.

Del resto, il parametro della assoluta irrepreensibilità della condotta richiesta a un cittadino straniero, espressione di una visione eticizzante dello Stato, portatore di una morale superiore ed escludente, rimarrà in linea con l'impostazione esaminata, almeno fino a quando il potere amministrativo in materia di cittadinanza continuerà a essere concepito come manifestazione del «potere sovrano dello Stato di ampliare il numero dei propri cittadini»²⁸, retto dai soli interessi pubblici alla sicurezza e all'ordine pubblico e non anche dalle esigenze dell'individuo richiedente, rilevanti nella misura in cui alla loro realizzazione si collega l'esercizio di diritti fondamentali²⁹. Per quanto visto, sembra ci sia ancora da aspettare.

²⁸ Punto 2, in diritto.

²⁹ A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2019, pp. 1 ss.

L'ABNORME DURATA DEI PROCEDIMENTI
DI ACQUISTO DELLA CITTADINANZA:
PLURALITÀ DEI TERMINI E DIRITTO INTERTEMPORALE

Paolo Morozzo della Rocca*

SOMMARIO: 1. La disciplina dei termini procedurali dal “Decreto Salvini” al “Decreto Lamorgese”. – 2. Sulla facoltà di proroga del termine procedimentale. – 3. Una irragionevole differenziazione? – 4. Sull’illegittimità costituzionale del termine di conclusione del procedimento smodatamente ampio.

1. *La disciplina dei termini procedurali dal “Decreto Salvini” al “Decreto Lamorgese”*

Suscita forti perplessità l’attuale disciplina dei termini per la conclusione dei procedimenti in materia di acquisto della cittadinanza. In effetti, benché la legge stabilisca un unico “nuovo” termine, comune a tutte le ipotesi di cui all’art. 5 e all’art. 9 della legge n. 91/1992, tuttavia la scansione degli effetti delle disposizioni succedutesi nel tempo dal 2018 a oggi fa sì che la durata legale del procedimento sia ad oggi teoricamente suddivisa su tre diverse ipotesi distinte tra loro in base alla data di avvio del procedimento di richiesta della cittadinanza.

In effetti il termine procedimentale sino al 5 ottobre 2018 (entrata in vigore del D.L. n. 113/2018) era di ventiquattro mesi, portati però dal “Decreto Salvini” a ben quarantotto. Peraltro l’art. 14, c. 2 del D.L. n. 113/2018 aveva anche stabilito che il nuovo termine di quattro anni si applicasse a tutti i procedimenti non ancora definiti (inclusi quindi, con non poco sprezzo del principio di buona fede, quelli per i quali il termine procedimentale era già scaduto senza che fosse intervenuto il provvedimento finale).

Successivamente il D.L. n. 130/2020 ha introdotto il nuovo termine procedimentale di trentasei mesi (o meglio: di ventiquattro più dodici) solo però a valere dall’entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso, vale a dire a partire dal 20 dicembre 2020, lasciando dunque in vigore sino a tale ultima data il termine procedimentale di quarantotto mesi. Il medesimo D.L. n. 130, all’art. 4, c.7. ha tuttavia abrogato la retroattività del termine

* Professore ordinario di diritto privato, Università di Urbino.

(nel frattempo modificato) dei quarantotto mesi come introdotto dal D.L. n.113, riportando in questo modo all'originario termine procedimentale di due anni le domande presentate prima del 5 ottobre 2018.

Infine la legge 18 dicembre 2020, n.173 (legge di conversione del D.L. 130) ha modificato il termine dei trentasei mesi per sostituirlo con quello (sostanzialmente identico) di ventiquattro mesi prorogabili di altri dodici.

2. *Sulla facoltà di proroga del termine procedimentale*

Diverse le possibili opinioni riguardo a tale proroga. La norma che la introduce non la condiziona esplicitamente ad alcun presupposto, suggerendo l'idea che essa sia utilizzabile *ad libitum* dall'amministrazione procedente, che sarebbe quindi legittimata a concludere il procedimento nel termine di trentasei mesi.

Questa interpretazione risulta però assiologicamente insoddisfacente e forse illogica. Posto infatti che tra i criteri di interpretazione della legge figura quello dell'attribuzione di senso ad una norma che altrimenti non ne avrebbe alcuno, consegnare la proroga a un obbligo di motivazione che la giustifichi appare inevitabile al fine di spiegare l'apposizione di un termine ordinario (evocante l'ambigua figura del termine ordinatorio¹) di ventiquattro mesi anziché di trentasei. Spetterà poi al giudice amministrativo la verifica sulla congruità della motivazione addotta, specie nel caso in cui l'amministrazione si dovesse trovare a superare sistematicamente il termine dei ventiquattro mesi.

3. *Una irragionevole differenziazione?*

Pertanto, in buona sintesi, oggi il termine procedimentale comune a tutti i procedimenti ex art.5 e art.9 della legge n.91/1992 è di due anni per le domande presentate prima del 5 ottobre 2018; di quattro anni per le domande presentate tra il 5 ottobre 2018 e il 19 dicembre 2020; e di due anni più eventualmente uno per le domande presentate dal 20 dicembre 2020 in poi.

È da chiedersi se l'irrazionalità di questa barocca architettura di diritto

¹ Cfr. L. TRUCCO, *Luci e ombre nel Decreto Legge n.130/2020* in M. GIOVANNETTI e N. ZORZELLA, *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa, 2021, p. 8.

intertemporale possa dare luogo ad una censura di irragionevolezza², se non altro riguardo a quegli sfortunati che abbiano presentato la domanda di cittadinanza tra il 5 ottobre 2018 e il 19 dicembre 2020 trovandosi così con un termine procedimentale doppio rispetto al precedente ma anche di un anno (o forse due) più lungo dei richiedenti successivi.

Solo considerazioni di natura molto pratica impediscono che un sostanzioso contezioso si sviluppi a causa del mancato riconoscimento, nelle attuali prassi amministrative, della reviviscenza del termine “solo” biennale dei procedimenti riguardanti le domande presentate prima dell’ottobre 2018.

Il fatto è che dal settembre 2018 a oggi sono ormai passati quasi tre anni e sei mesi. Di conseguenza molte delle domande antecedenti al “decreto Salvini” sono già giunte al limite dei quattro anni, ciò che ne impone comunque la trattazione, giustificando di per sé l’intervento sollecitativo del richiedente.

4. *Sull’illegittimità costituzionale del termine di conclusione del procedimento smodatamente ampio*

Il vero è che entrambi i termini (di “due più uno” e di quattro anni) posti a partire dall’ottobre 2018 risultano avere una durata sproporzionata.

È infatti certamente comprensibile che riguardo ad un provvedimento dagli effetti così significativi tanto per l’interessato quanto per lo Stato i termini procedurali non siano brevi. È questa un’esigenza condivisa anche dagli altri ordinamenti nazionali, inclusi quelli a noi più vicini.

Tuttavia, pur tralasciando confronti per i quali lo spread tra il “nostro” e il “loro” potrebbe risultare scontato (in Germania il termine di legge corrispondente è di tre mesi) pare significativo osservare che in Francia il termine per il procedimento di acquisto della cittadinanza, derogando alla disciplina ordinaria, è fissato nel suo massimo a 18 mesi (ridotto però a 12 mesi per chi vive in Francia da almeno 10 anni). Detto termine è inoltre prorogabile una sola volta ma solo per giustificati motivi e per non più di altri 3 mesi (article 21-25-1 Code Civil).

Ne emerge un confronto umiliante per l’Italia, dove sopravvive un termine procedimentale quadruplo nell’ipotesi peggiore oppure triplicato nell’ipotesi riguardante i procedimenti avviati dopo il 20 dicembre 2020.

È ipotizzabile a questo riguardo la proposizione di una questione di legit-

² Spunti in tal senso da M. SAVINO *Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope*, in *ADiM Blog*, Editoriale, Gennaio 2021.

timità costituzionale? La risposta dipende forse da cosa la Consulta ritenga di potere esigere, in forza dell'art.97, c.2, Cost., dalla disciplina dell'attività amministrativa.

È infatti evidente che solo l'apposizione di termini procedurali ragionevoli può indurre l'amministrazione ad operare in modo efficiente, esponendola ad un pur limitato rischio di responsabilità da ritardo nel caso del suo grave malfunzionamento. A questo riguardo l'immagine migliore da porre a paragone è forse quella del treno: nessun treno infatti arriverà mai in ritardo se l'orario di arrivo verrà calcolato in ragione di due ore per ogni cinquanta chilometri di una tratta che ne conti complessivamente trecento, ma non v'è dubbio che adottare tale orario indurrebbe i gestori della ferrovia a comportamenti sempre più inefficienti.

Analogamente, anche un termine procedimentale indicato dal legislatore con smodata ampiezza (violando il criterio di proporzionalità del termine stesso rispetto all'attività procedimentale prevista e ai tempi mediamente necessari per lo svolgimento di tali attività) produce gravi inefficienze e quindi si pone in contrasto con i principi di legalità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti all'art.97 Cost., di cui i caratteri della certezza e della tempestività sono innegabili e diretti corollari³.

A potere essere sospettato di incostituzionalità non è però un termine semplicemente ampio, ma, appunto, smodatamente più ampio rispetto a quello ragionevolmente individuabile come opportuno.

Sarebbe in effetti davvero incongruo se l'aumentata attenzione oggi dedicata al valore del tempo nel diritto amministrativo non riguardasse anche la funzione legislativa nel suo stabilire i confini temporali dell'agire amministrativo. Di ciò è sembrato ben consapevole lo stesso legislatore ordinario, il quale ha disciplinato la materia dei termini procedurali all'art.2 della legge n.241 del 1990 stabilendo, sia pure con non poca flessibilità, le soglie temporali del procedimento suddividendole su tre livelli: a) termini non specificamente disciplinati, per i quali è stabilita la soglia legale dei trenta giorni; b) termini determinati con D.P.C.M. su proposta dei ministeri, oppure dagli enti pubblici nazionali (entro la soglia massima dei novanta giorni); c) ed infine i termini caratterizzati da eccezionalità, determinabili, sempre con D.P.C.M., nella soglia limite dei centottanta giorni.

Vero è che quest'ultima soglia non riguarda, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 2, c. 4, legge n. 241/1990, i procedimenti di acquisto della cittadi-

³ Cfr. S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 1189 ss.

nanza italiana e quelli riguardanti l'immigrazione, i quali quindi potrebbero superare legalmente (salvo sospettare l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 2, c. 4, ultima parte) il limite massimo di centottanta giorni fissato per tutti gli altri termini eccezionali. Così come è vero che il legislatore ordinario può comunque contravvenire a quanto stabilito dalla legge fondamentale sul procedimento amministrativo, stabilendo con la medesima forza di legge termini speciali più ampi di quelli determinabili nel rispetto dell'art.2, c.4, della legge n.241/1990. E di ciò è del resto esempio lo stesso art.9-ter della legge n.91/1992.

L'art.2, c.4, della legge n.241 pare però esprimere due diverse direttive da tenere insieme tra loro la cui valenza sistemica, come ora vedremo, attiene all'attuazione dell'art.97 Cost..

In primo luogo la norma pone le soglie limite dei diversi termini legali da essa previsti. Sicché eccezionalmente il termine procedimentale può giungere sino a centottanta giorni, derogabili solo eccezionalmente. Tuttavia l'art.2 c.4 declina anche, con specifico riguardo alla questione dei tempi procedurali, un principio di valenza costituzionale affermando che ogni ampliamento dei termini procedurali sopra i novanta giorni, inclusi quelli riguardanti l'immigrazione e la cittadinanza, deve trovare giustificazione in oggettive esigenze di "sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento"⁴.

Ebbene, v'è più di qualche buona ragione per dubitare che tali esigenze siano state oggettivamente considerate nella determinazione dei tempi procedurali in materia di acquisizione della cittadinanza italiana, a iniziare da quella relativa alle risorse e agli strumenti organizzativi concretamente impiegabili.

Vero è che l'amministrazione, quando convenuta per il ritardo nella definizione di queste procedure, lo ha addebitato alla mole di lavoro che grava sui funzionari addetti, ma a questa linea difensiva – già inutilmente sperimentata nell'ambito di una class-action⁵ – è agevole rispondere contestando sia la scarsa efficienza degli uffici anche rispetto alle risorse di cui sono comunque dotati, sia le scelte di distribuzione del personale, fatte comunque sottovalutando l'importanza della funzione strategica rivestita dagli uffici preposti alle naturalizzazioni.

⁴ Cfr. D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 779 ss.

⁵ TAR Lazio, sez. II- Quater, sentenza del 26 febbraio 2014, n. 2257.

I procedimenti di acquisto della cittadinanza per concessione o per matrimonio sono procedimenti certamente delicati, ma non sono particolarmente complessi e non v'è dunque ragione di dilatarli oltre misura. Da diversi anni, infatti, essi sono avviati in modalità esclusivamente telematica, consentendo l'invio della domanda solo in presenza dell'intera documentazione richiesta, senza la quale l'istanza è irricevibile. Vero è che occorre acquisire il parere dell'autorità di pubblica sicurezza, ma questo normalmente non consegue ad un'indagine investigativa da svolgere ad hoc bensì alla consultazione delle banche dati della polizia cui può aggiungersi, al pari di molti altri procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dell'Interno, una richiesta di informazione ai presidi territoriali di pubblica sicurezza, come accade, ad esempio, per le autorizzazioni all'accesso negli istituti di pena ai volontari penitenziari, per il rilascio del porto d'armi e per vari altri permessi o licenze.

In particolare l'acquisto della cittadinanza per matrimonio, a parte la verifica di autenticità del matrimonio stesso, non richiede nemmeno esercizio di discrezionalità amministrativa, se non riguardo a eventuali particolari profili personali correlati alla tutela della sicurezza pubblica. Solo nel caso in cui eventuali perplessità della Pubblica Sicurezza dovessero in effetti emergere ciò potrebbe giustificare la necessità di una dilatazione dei termini già così ampi.

Pur non conoscendo la cronologia dei flussi delle domande pervenute alle prefetture, possiamo aggiungere alle considerazioni già svolte quelle scaturite dai dati relativi ai flussi annuali delle acquisizioni di cittadinanza (unico misuratore della produttività in senso almeno quantitativo) per le quali è competente l'Amministrazione dell'Interno.

Ebbene, le acquisizioni per residenza (concessioni in senso stretto) mostrano un movimento in forte e costante aumento tra il 2010 e il 2016 (da 18.593 a 101.862), per poi divenire declinante, sino a dimezzarsi, negli anni successivi (62.261 nel 2017; 39.453 nel 2018; 57.098 nel 2019).

Sarebbe molto utile, al riguardo, disporre di dati esaustivi sulla distribuzione del personale nelle prefetture, sull'entità e l'utilità dell'apporto degli impiegati interinali ed infine sull'utilizzo dei cinquecento funzionari di recente assunzione (era il 2018) che avrebbero dovuto essere tutti utilizzati per le commissioni dell'asilo, rivelatisi però in sovrannumero per tale destinazione di impiego.

Quanto alle cittadinanze per matrimonio queste sono passate dalle 21.630 del 2010 ad un modesto picco di 24.160 nel 2018, rimanendo dunque sostanzialmente costanti, anche se con un significativo calo nel 2019 (17.026).

Si noti infine come il flusso annuale di acquisizioni della cittadinanza complessivamente gestite dalle prefetture sia passato dalle 121.135 del 2016 alle 84.516 del 2017; divenute poi 63.613 del 2018; e 69.903 del 2019, benché sulle procedure debbano ormai darsi per acquisiti i benefici derivanti dalla completa informatizzazione della domanda e del fascicolo, intervenuta nel giugno 2015.

In definitiva, l'abnorme raddoppio dei termini procedurali disposto dal D.L. n.113/2018 è intervenuto all'indomani di un periodo di forte aumento della pressione sugli uffici, seguito però da una significativa riduzione dei provvedimenti adottati, nonostante il maturarsi dei benefici attesi dall'informatizzazione. Non emerge, quindi, dalla lettura di questi dati la sussistenza di esigenze di «sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa» tali da giustificare la dilatazione dei termini da parte del legislatore.

Piuttosto, come è stato osservato, l'inefficienza dell'amministrazione potrebbe almeno in parte dipendere dal «timore di mettere in discussione equilibri amministrativi consolidati nella distribuzione delle risorse e delle attribuzioni» che forse corrispondono a una conservazione di assetti non più adeguati e a una differenziazione degli utenti in senso non favorevole ai richiedenti la cittadinanza rispetto ad altre soggettività sociali di cui l'Amministrazione deve prendersi cura⁶.

Ancora vigente – sia pure riguardo ad una finestra temporale limitata e ormai conclusa – il termine procedimentale di quattro anni costituisce quindi un arbitrio manifesto di cui è prova il confronto con i termini procedurali dei paesi alla cui civiltà giuridica l'Italia ambisce (o ambiva) paragonarsi, ma una volta pronunciatane l'incostituzionalità la reviviscenza del precedente termine dei due anni (già molto ampio) troverebbe comunque limite nel termine dei due anni più uno introdotto dalla legge 130 del 2020, esso pure sospettabile del medesimo vizio di illegittimità costituzionale.

⁶ Così M. SAVINO, *Op. loc. cit.*

UN MINORE STRANIERO NON È MAI ILLEGALMENTE
SUL TERRITORIO DELLO STATO.
SUI REQUISITI PER L'ACQUISTO DELLA CITTADINANZA
ITALIANA EX ART. 4, CO. 2, L. N. 91 DEL 1992

Cecilia Corsi*

SOMMARIO: 1. L'acquisto della cittadinanza da parte del neo-maggiorenne nato in Italia. – 2. I requisiti richiesti dall'art. 4, l. 91/1992: quale residenza? – 2.1. Segue: la residenza legale e ininterrotta. – 3. Un percorso a ostacoli.

1. *L'acquisto della cittadinanza da parte del neo-maggiorenne nato in Italia*

Il minore straniero nato in Italia, salvo le ben rare e residuali ipotesi di acquisto della cittadinanza per nascita *iure soli* (entrambi i genitori sono ignoti o apolidi ovvero non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono, art. 1, l. n. 91/1992) non ha modo di chiedere la nazionalità italiana se non al raggiungimento della maggiore età e facendone richiesta entro un anno dalla suddetta data (art. 4, l. n. 91/1992).

I tanti progetti di legge che si sono susseguiti in questi anni tesi ad allentare sia l'assoluta prevalenza del principio dello *ius sanguinis* nell'acquisizione della cittadinanza per nascita, sia a introdurre forme di *ius culturae* che avrebbero consentito al minore, al verificarsi di determinate condizioni, di far richiesta di divenire cittadino italiano, non sono mai giunti all'approvazione definitiva.

Durante la minore età, lo straniero, pur nato sul nostro territorio, non può quindi mai accedere direttamente alla nazionalità italiana; può se mai accedervi solo indirettamente se un genitore con il quale convive l'ha acquistata o riacquistata (art. 14, l. 91/1992).

Se questo è il quadro nel quale s'inserisce la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 4 della l. n. 91/1992, si comprende bene la crucialità dei requisiti richiesti e come interpretazioni restrittive (più esattamente *contra legem*) di questi ultimi da parte delle amministrazioni hanno troppo spesso reso estremamente difficile accedere ad un diritto. L'art. 4 disciplina,

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Firenze.

infatti, ipotesi di acquisto della cittadinanza cd. per beneficio di legge o per elezione che configurano in capo allo straniero situazioni di diritto soggettivo, che non lasciano margini di discrezionalità all'amministrazione a differenza delle ipotesi di naturalizzazione regolate dall'art. 9, l. 91/1992. E se il primo comma dell'art. 4 riguarda casi in cui lo straniero o l'apolide abbia avi in linea retta che sono stati cittadini italiani per nascita, il secondo comma riguarda lo straniero nato in Italia che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età.

2. I requisiti richiesti dall'art. 4, l. 91/1992: quale residenza?

La norma in questione richiede, come accennato, la residenza ininterrotta e legale fin dalla nascita, ponendo così condizioni ben più severe e meno inclusive rispetto a quanto previsto anche dalla stessa legge del 1912, tanto da far parlare la dottrina di «paradosso involutivo»¹.

Inoltre il regolamento di attuazione della legge del 1992 (d.p.r. 12 dicembre 1993, n. 572) offriva un'interpretazione restrittiva (per non dire illegittima...) stabilendo che «si considera legalmente residente nel territorio dello Stato chi vi risiede avendo soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia d'ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia e da quelle in materia d'iscrizione anagrafica». Veniva, cioè, a porre (oltre al requisito della regolarità del soggiorno su cui *infra*) la condizione della ininterrotta iscrizione anagrafica, in contrasto con l'art. 43 del codice civile in base al quale «la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale», con la conseguenza che molte richieste di acquisto della cittadinanza di giovani nati e sempre vissuti in Italia erano rigettate per mancanza (anche per pochi anni) di continuità anagrafica.

Divenne evidente allo stesso ministero la necessità di attenuare siffatta lettura del secondo comma dell'art. 4, l. n. 91 e nel 2007 con la circolare ministeriale n. 22 del 7 novembre³ fu precisato che «l'iscrizione anagrafica tardiva del minore presso un Comune italiano, potrà considerarsi non pregiudizievole ai fini dell'acquisto della cittadinanza italiana, ai sensi dell'art. 4, comma 2 della legge 91/92, ove vi sia una documentazione atta a dimostrare

¹ A RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La cittadinanza delle seconde generazioni. Disciplina attuale ed esigenze di riforma*, in *Gli stranieri*, n. 1/2010, p. 15.

³ Prot. K 64.2/13.

l'effettiva presenza dello stesso nel nostro Paese nel periodo antecedente la regolarizzazione anagrafica (attestati di vaccinazione, certificati medici in generale etc)». Si richiedeva comunque che l'iscrizione anagrafica fosse «ragionevolmente ricollegabile al momento della nascita e quest'ultima [doveva] essere stata regolarmente denunciata presso un Comune italiano da almeno uno dei genitori legalmente residente in Italia».

Ben presto fu, però, chiara l'insufficienza del disposto della circolare e non mancarono interventi dei giudici⁴ tesi a riconoscere valore preminente alla nozione di residenza di cui all'art. 43 c.c., al di là degli adempimenti amministrativi e delle risultanze anagrafiche.

Qualche anno più tardi, con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 98, il legislatore è giunto a chiarire all'art. 33 che «ai fini di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 91, all'interessato non sono imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica Amministrazione, ed egli può dimostrare il possesso dei requisiti con ogni idonea documentazione». E come si legge nella relazione di sintesi al d.l. n. 69, «l'art. 33 del decreto legge interviene sulle questioni applicative poste dal regolamento di esecuzione sulle quali peraltro non solo la giurisprudenza ma la stessa competente amministrazione è intervenuta con circolari...». Senza quindi novellare la legge 91/92, è stata legificata una più corretta lettura dell'art. 4, secondo comma, evitando di far ricadere ritardi o inadempimenti dei genitori sui figli.

Come poi ha avuto modo di ribadire la Suprema Corte (17 maggio 2017, n. 12380) – nel cassare una sentenza della Corte di Appello di Bologna che aveva dato rilievo assorbente alla dichiarazione dei genitori nell'atto di nascita di risiedere all'estero in Dardania, risultata poi non corrispondente alla realtà essendo provato il regolare soggiorno del padre in Italia –, ciò che deve essere accertata è la residenza effettiva, al di là delle risultanze anagrafiche o di documentazione poi confutata⁵.

2.1. Segue: *la residenza legale e ininterrotta*

Un ulteriore profilo che ancora dà luogo ad interpretazioni discordanti, anche in giurisprudenza, concerne il requisito della «legalità» della residenza.

⁴ *Ex multis*: Corte d'appello Milano, sentenza del 7 giugno 2012, n. 2758; Trib. Reggio Emilia, decreto del 31 gennaio 2013.

⁵ Vedi anche Corte d'Appello di Firenze, sentenza dell'8 luglio 2021: se la produzione dei certificati anagrafici è lo strumento principale per dimostrare la continuità di residenza, qualsiasi prova documentale è comunque bastevole.

La stessa sentenza della Cassazione n. 12380 del 2017 ha asseverato che l'avverbio «legalmente» deve essere inteso «come permanenza in Italia non clandestina ovvero in violazione delle norme che regolano l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini stranieri. L'affacciarsi del fenomeno della migrazione al momento dell'entrata in vigore della legge sulla cittadinanza ha dettato l'esigenza di qualificare come “legale” la condizione costituita dall'ininterrotta residenza». Da tale interpretazione discenderebbe la necessità di un regolare permesso di soggiorno⁶.

Diversamente la Corte di appello di Napoli, con sentenza del 26 aprile 2012, n. 1486 aveva già affermato che non possono imputarsi al minore nato in Italia e figlio di genitori stranieri gli inadempimenti di questi ultimi circa i permessi di soggiorno, senza però argomentare più diffusamente sul punto⁷.

Recentemente con ordinanza del Tribunale di Roma del 7 novembre 2021 il profilo è stato affrontato espressamente e correttamente risolto.

Il giudice dopo aver ricordato che la residenza anagrafica è mero indice presuntivo del luogo di dimora abituale il quale rappresenta invece il criterio privilegiato per determinarne la residenza ai sensi dell'art. 43 c.c., da intendersi come centro effettivo e stabile degli interessi del minore⁸, sottolinea che dall'espresso divieto di espulsione del minore straniero (art. 19 TUI)⁹ deve desumersi «il principio generale secondo il quale la residenza del minore in uno Stato è sempre legale, a meno che non si tratti di minore illecitamente trasferito» (art. 3, Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori). Conseguentemente la residenza legale richiesta dall'art. 4, l. n. 91 non coincide né con la residenza anagrafica, né con il regolare soggiorno in Italia dei genitori. E laddove le circolari ministeriali richiedano residenza anagrafica e permesso di soggiorno dei genitori possono essere disapplicate dal giudice.

⁶ Cfr. anche la circ. 7 novembre 2007 n. 22 Prot. K64.2/13 che consente di ovviare solo a brevi interruzioni nella titolarità di un permesso di soggiorno attraverso documentazione integrativa.

⁷ Cfr. anche Trib. Lecce, sez. II civile, sentenza del 27 marzo 2013.

⁸ Ad esempio per i minori destinatari di provvedimento dell'autorità giudiziaria minorile lo è il cd. domicilio di soccorso; per i minori sottoposti a tutela è la sede principale degli affari e interessi del minore; in tema di giurisdizione *de potestate* l'art. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, n. 2201 dà rilievo al fine di stabilire la competenza giurisdizionale di uno Stato membro alla residenza abituale intesa come il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale del minore.

⁹ Cfr. anche la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ratificata con l. n. 176/1991.

Parte della dottrina¹⁰ aveva da tempo posto in evidenza che il minore non è mai “illegalmente” sul territorio dello Stato, tant’è che già l’art. 28 del d.p.r. n. 394/1999 ed ora anche l’art. 10 della l. n. 47/2017 prevedono comunque il rilascio del permesso per minore età, rendendo la sua condizione di per sé legale. E se l’art. 31 del TU disponendo che «il figlio minore dello straniero con questo convivente e regolarmente soggiornante segue la condizione giuridica del genitore», fa riferimento solo all’ipotesi di genitore regolarmente soggiornante, nel caso invece il genitore non sia regolare, il minore gode comunque di una sua specifica protezione¹¹.

Come rilevato infatti da Giovannetti e Zorzella, per interpretare il riferimento legislativo alla residenza «legale» occorre chiedersi quale potesse essere la consapevolezza del legislatore del 1992 sulla tutela dei minori stranieri in ordine alla permanenza sul territorio dello Stato, tutela che conosceva in quegli anni un primo assetto che si è consolidato solo con il testo unico del 1998.

Se per altra dottrina¹² «la scelta di ridurre la residenza legale alla sola residenza effettiva sganciata dunque da ogni riferimento al rispetto delle norme sull’ingresso ed il soggiorno degli stranieri, significa[va] scardinare la portata della disposizione e situarsi di gran lunga al di fuori della “penombra” semantica», lo stesso autore in un’opera più recente¹³ riconosce che esigere un valido documento di soggiorno costituisce «una condizione ulteriore e aggiuntiva, che non tiene conto della peculiare condizione a tutela del minore straniero». Inoltre una volta divenuto maggiorenne non solo il permesso per motivi familiari, ma anche il permesso per minore età può essere convertito in permesso per lavoro o per studio (ove vi siano i requisiti) confermando «la qualificazione del permesso per minore età come un “ponte” nel cammino dello straniero verso la stabilizzazione nell’età adulta».

Infine anche il requisito della residenza «ininterrotta» ha spesso rappresentato un impedimento irragionevole, tanto che già la circolare del 5 gennaio 2007¹⁴ è venuta a chiarire che assenze temporanee per brevi periodi per

¹⁰ Vedi M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Da nativi stranieri a cittadini italiani, L’art. 33 del d.l. 69/2013: tra apertura e occasione mancata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2013, pp. 16-17.

¹¹ Cfr. C. PANZERA, *Cittadinanza*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, pp. 143-144.

¹² A. RAUTI, *Lo ius soli in Italia*, cit.

¹³ A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza*, Napoli, 2020, pp. 165 ss.

¹⁴ Prot. K.60.1

motivi di studio, di famiglia o di salute non devono essere ritenute pregiudizievoli.

3. *Un percorso a ostacoli*

L'acquisto della cittadinanza in base al secondo comma dell'art. 4 si è rivelato un percorso a ostacoli e anche il breve lasso di tempo (un anno dalla maggiore età) entro il quale occorre presentare la richiesta all'amministrazione ha reso opportuno un intervento del legislatore, non essendo infrequenti i casi di mancata acquisizione della stessa per non essere stata inoltrata la domanda tempestivamente, solo per mancata conoscenza della normativa. Col d.l. n. 69 del 2013 è stato opportunamente previsto che «Gli ufficiali di stato civile sono tenuti, nel corso dei sei mesi precedenti il compimento del diciottesimo anno di età a comunicare all'interessato, nella sede di residenza quale risulta all'ufficio, la possibilità di esercitare il diritto di cui al comma 2 del citato articolo 4 della legge n. 91 del 1992 entro il compimento del diciannovesimo anno di età. In mancanza, il diritto può essere esercitato anche oltre tale data».

Come poi correttamente chiarito dall'ordinanza del tribunale di Roma del 7 novembre 2021, il termine di un anno riguarda la presentazione della richiesta di cittadinanza, non dovendosi necessariamente entro lo stesso termine adempiere all'onere di integrazione documentale e quindi alla formalizzazione della dichiarazione di cui all'art. 4, comma 2. L'inizio, infatti «dell'iter procedurale, a prescindere dai tempi necessari al completamento del procedimento amministrativo e dall'effettiva formalizzazione della dichiarazione, costituisce di per sé manifestazione della volontà di acquistare siffatta cittadinanza», per cui la tempestiva presentazione della domanda impedisce ogni decadenza e gli uffici comunali devono esaminare la documentazione integrativa, ancorché presentata dopo il compimento del diciannovesimo anno di età.

Infine un ulteriore requisito sovente richiesto dagli uffici riguarda la richiesta di un valido permesso di soggiorno al momento della formalizzazione della dichiarazione di voler acquistare la cittadinanza italiana; in realtà la mancanza di un permesso ancora valido non può essere un elemento ostativo, allorché i requisiti di legge (lo straniero sia nato in Italia e vi abbia risieduto fino alla maggiore età) siano soddisfatti.

Anche da queste brevi note emerge chiaramente quanti interventi del giudice e poi della stessa amministrazione (che è venuta a recepire nelle cir-

colari orientamenti giurisprudenziali), nonché del legislatore siano stati necessari per cercare di offrire interpretazioni della norma che consentissero a coloro che hanno effettivamente vissuto in Italia fin dalla nascita di accedere alla cittadinanza. E sebbene questi sviluppi rappresentino un dato incoraggiante¹⁵, la disciplina vigente resta, comunque, assai restrittiva; una riforma da parte del legislatore appare non più procrastinabile. La questione delle seconde generazioni è centrale per le politiche d'integrazione e alimentare sentimenti di esclusione può ritorcersi come un boomerang. Infine se è vero che i permessi per motivi familiari o per minore età sono poi convertibili, devono comunque sussistere i requisiti di legge e il rischio di un allontanamento verso il paese di origine, dove questi giovani non hanno mai vissuto, è reale¹⁶.

¹⁵ V. VOLPE, *Italia*, in M. SAVINO (a cura di), *Oltre lo ius soli*, Napoli, 2014, p. 46.

¹⁶ M. SAVINO, *Quale cittadinanza per l'Italia?* in *Oltre lo ius soli*, cit., p. 16.

INVESTOR (EU) CITIZENSHIP:
UN VERO PUNTO DI SVOLTA NEL CASO MALTESE?

Claudio Di Maio*

SOMMARIO: 1. La dialettica tra la cittadinanza europea e la cittadinanza nazionale. – 2. Un *Individual Investment Programme* per potenziali cittadini: le peculiarità del caso maltese. – 3. Le recenti modifiche al sistema maltese: verso la fine dell'*investor citizenship*? – 4. Considerazioni conclusive.

1. *La dialettica tra la cittadinanza europea e la cittadinanza nazionale*

La cittadinanza europea è sempre stata legata al concetto di integrazione sovranazionale, seppur fortemente caratterizzata da solidi elementi di interdipendenza con quanto previsto dalle legislazioni dei singoli Stati nazionali, caratterizzandosi, quindi, per i suoi diritti accessori. Grazie all'opera interpretativa dei giudici di Lussemburgo, questo istituto si sta evolvendo progressivamente in uno «status fondamentale», sorretto da un legame che intercorre tra i cittadini europei, il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità e l'attribuzione dei diritti riconosciuti dai Trattati istitutivi¹.

Tuttavia, a dispetto di evoluzione giurisprudenziale complessivamente estensiva da parte della CGUE, insieme ad una crescente percezione dal punto di vista sociale², i presupposti per l'attribuzione dell'istituto europeo sono rimasti invariati: per quanto riguarda l'ambito soggettivo, il godimento dei diritti accessori, fruibili attraverso l'esercizio della libera circolazione, sono condizionati al possesso di una cittadinanza nazionale, con un ragionevole obbligo di residenza all'interno del territorio³. Va da sé che ogni Stato mem-

* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea, Università della Calabria.

¹ *Ex multis*, si veda la decisione rinvenibile in CGCE, sentenza del 20 settembre 2001, *Rudy Grzelczyk contro Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, EU:C:2001:458

² DIRECTORATE-GENERAL FOR COMMUNICATION - EUROPEAN COMMISSION, *Eurobarometer, Flash Eurobarometer 485: EU Citizenship and Democracy*, 08.07.2020, http://data.europa.eu/88u/dataset/S2260_485_ENG.

³ Cfr. CGCE (grande sezione), sentenza del 12 settembre 2006, *M. G. Eman e O. B. Sevinger contro College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, C-300/04, EU:C:2006:545

bro stabilisce le modalità di acquisto e perdita della cittadinanza secondo una sua legittima potestà, pur nel rispetto del diritto dell'UE circa gli effetti che tali situazioni comportano⁴ verificando o proteggendo l'esistenza di un cd. "vincolo legittimo" con lo Stato⁵.

Proprio sulla natura di questo *genuine link*, che attraverso la celebre *clausola Nottebohm* venne descritto come quel rapporto giuridico «having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties»⁶, si incentrano le preoccupazioni mosse da più parti in Europa circa il prosperare di programmi assimilabili ad una sorta di *cash-for-residence* o *investor citizenship* che, con modalità e requisiti non troppo differenti tra loro, riconoscono un titolo di residenza o di cittadinanza a coloro che investono o intraprendono un progetto imprenditoriale sul territorio dello Stato, per un periodo continuato e duraturo.

Questi programmi, in realtà molto diffusi all'interno degli Stati membri, hanno un impianto particolarmente orientato anche ad attrarre investimenti diretti da Paesi terzi⁷ arrivando a rappresentare, in taluni casi, un vero e proprio strumento di *policy* migratoria: alcuni di essi hanno un profilo attivo, vale a dire richiedono che lo straniero assuma non solo un impegno economico, bensì garantisca una certa stabilità nell'investimento e la creazione di opportunità lavorative; altri programmi, invece, hanno un profilo passivo, ovvero si riducono alla concessione discrezionale di un titolo di soggiorno o della cittadinanza *pleno iure* sulla scorta del singolo investimento⁸.

Tuttavia, i report condotti nel 2018 dal Parlamento europeo⁹ e, successi-

⁴ Così, CGUE, sentenza del 19 ottobre 2004, Zhu e Chen, Causa C-200/02, EU:C:2004:639, p. 37.

⁵ CGUE (grande sezione), sentenza del 2 marzo 2010, Janko Rottman contro Freistaat Bayern, C-135/08, EU:C:2010:104, p. 51.

⁶ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 6 aprile 1955, Liechtenstein/Guatemala («Nottebohm» Seconda fase), I.C.J. Reports, pag. 4.

⁷ K. SURAK, Y. TSUZUKI, *Are golden visas a golden opportunity? Assessing the economic origins and outcomes of residence by investment programmes in the EU*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n. 15/2021.

⁸ M. SUMPTION, K. HOOPER, *Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration*, Washington, Migration Policy Institute, 2014.

⁹ A. SCHERRER, E. THIRION, *Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) schemes in the EU. State of play, issues and impacts*. European Parliamentary Research Service, Bruxelles, 2018.

vamente, anche dalla Commissione europea¹⁰ evidenziano alcuni rischi economici, sociali e di conformità giuridica di questi istituti. In particolare, le principali preoccupazioni delle istituzioni europee si sono concentrate perlopiù verso quanto previsto dai cd. *investor citizenship schemes* varati da Cipro e Malta: dopo numerose negoziazioni e richiami formali¹¹, il 20 ottobre 2020 la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione verso questi due Paesi, ritenendo che la concessione della cittadinanza nazionale in virtù di un investimento predeterminato e senza un vincolo autentico con il territorio sia incompatibile con il principio di leale cooperazione ai sensi dall'art. 4, par. 3 TUE. Il programma cipriota, che in verità rappresentava un *unicum* sotto molti profili¹², è stato sospeso con decorrenza dal 1° novembre 2020, anche a seguito del noto scandalo denominato “Cyprus Papers”.

2. *Un Individual Investment Programme per potenziali cittadini: le peculiarità del caso maltese*

Con l'approvazione dell'ormai noto *Act XV del 2013*, si è proceduto alla modifica della regolamentazione maltese in materia di cittadinanza, così come anticipato dalla *Legal Notice n. 450* che, *de facto*, rafforza il già controverso *Individual Investor Programme of the Republic of Malta* (IIP), istituendo una vera e propria *fast-track naturalization* per tutti coloro che contribuiscono allo sviluppo economico dell'isola, con la possibilità di includere tra i beneficiari della suddetta misura anche i familiari diretti e/o i minori a carico.

Le condizioni previste per il riconoscimento della cittadinanza sono pressoché legate al rispetto di prerequisiti di natura economica, posti al vaglio della *Identity Malta Agency*, istituita con la *Legal Notice n. 269 del 2013*; tale agenzia, con funzioni pubbliche, è posta sotto la competenza del Ministero degli Interni e supportata nel compito di raccolta delle candidature da un'ulteriore entità esterna, con personalità giuridica distinta e sede legale a Malta, che diventa responsabile esclusiva della promozione e dell'elaborazione delle richieste da parte dei soggetti stranieri. Si tratta, in concreto, della società *Henley & Partners*, specializzata in programmi di *investor citizenship* in diversi Paesi.

¹⁰ COM(2019) 12 del 23 gennaio 2019.

¹¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 luglio 2020, 2020/2686(RSP).

¹² S. KUDRYASHOVA, *The Sale of Conditional EU Citizenship: The Cyprus Investment Programme Under the Lens of EU Law*, in *European Papers*, n. 3/2018.

Ulteriore peculiarità risiede nel fatto che non è richiesto, in questa fase, alcun precedente investimento economico o stanzialità previa nel territorio, apponendo altresì una cd. “clausola di segreto” sulla pubblicazione dei beneficiari di questo programma. Le rimostranze politiche e mediatiche (alcune delle quali dai contorni tristemente noti) sulla natura di questi procedimenti hanno allarmato sin da subito i parlamentari europei¹³, i quali hanno duramente sottolineato che «l'accesso a finanziamenti non dovrebbe costituire il principale criterio per il conferimento della cittadinanza dell'Unione europea a cittadini di paesi terzi», invitando direttamente lo Stato membro «ad allineare il suo attuale programma di cittadinanza ai valori dell'UE».

Si è arrivati, quindi, ad una seconda modifica con la L.N. 47/2014 che, per la prima volta, introduce una prova di residenza previa di almeno 12 mesi nel territorio dello Stato per poter essere considerati meritevoli di questa particolare forma di naturalizzazione. Le suddette istanze, essendo legate ad una diretta potestà dell'esecutivo, non sono appellabili, né suscettibili di modifica in seguito ad un diniego, spettando solo al Ministero competente o all'autorità preposta la responsabilità del procedimento. La riforma, almeno dal punto di vista formale, supera la questione dell'anonimato dei beneficiari prevedendo la pubblicazione della lista completa di coloro che hanno ottenuto la cittadinanza per naturalizzazione, senza tuttavia specificare i presupposti dell'istanza concessa.

Uno dei punti più critici della suddetta regolamentazione riguarda l'enunciato contenuto all'interno dell'art. 4.1, lett. d, per cui il soggetto che desidera presentare domanda si impegna a fornire una prova della residenza e dell'eventuale titolo di proprietà residenziale. Il termine generico di “residenza” è stato interpretato dai funzionari dell'agenzia *Identity of Malta*, come una mera prerogativa amministrativa, ovvero consentendo che il soggetto non debba fisicamente trovarsi nel territorio al momento della verifica dei requisiti.

In dottrina, si è discusso sulle potenziali ricadute di questo impianto normativo e di come potrebbe compromettere la base democratica dello Stato¹⁴; allo stesso modo, è stata già analizzata come, anche in questi ambiti, gli Stati debbano rispettare il principio di leale collaborazione¹⁵ e prevenire le

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2014, 2013/2995(RSP).

¹⁴ R. BAUBÖCK, *What Is Wrong with Selling Citizenship? It Corrupts Democracy!*, in R. BAUBÖCK, *Debating Transformations of National Citizenship*, Springer, 2018.

¹⁵ S. CARRERA, *The Price of EU Citizenship: The Maltese Citizenship-for-Sale Affair and the Principle of Sincere Cooperation in Nationality Matters*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 3/2014.

disparità di trattamento tra migranti nell'accesso alla cittadinanza nazionale. Su questo punto, si è anche argomentato come la proliferazione di questi schemi di *investor citizenship* arrivino a minare la stessa nozione di *ius civitatis* fondata sulla reciprocità, sull'uguaglianza formale e sostanziale e sulla solidarietà, riscrivendo questi principi in chiave economica¹⁶.

Tuttavia, assume importanza in questo dibattito anche la valutazione dei compiti assolti dalle amministrazioni preposte e del perimetro della discrezionalità nell'intero svolgimento delle procedure, la relazione con soggetti esterni nell'esame delle istanze e, nondimeno, le valutazioni circa il rispetto delle normative europee in materia di lotta al riciclaggio, alla criminalità e al finanziamento del terrorismo internazionale che, evidentemente, attengono ad una più generale conformità della legislazione nazionale al diritto europeo.

3. *Le recenti modifiche al sistema maltese: verso la fine dell'investor citizenship?*

La presidente della Commissione europea, Ursula Von Der Leyen, nel discorso sullo Stato dell'Unione del 16 settembre 2020 ha chiaramente affermato che «le violazioni dello Stato di diritto non possono essere tollerate, [...] che si tratti del primato del diritto europeo, della libertà di stampa, dell'indipendenza della magistratura o della vendita di passaporti d'oro. I valori europei non sono in vendita». Come già visto, le azioni della Commissione sono andate ben oltre gli aspetti dichiarativi, con maggiore e apprezzabile incisività rispetto al passato.

Per ciò che riguarda il versante interno, nell'ordinamento maltese è stata effettivamente approvata la modifica della legislazione in materia di cittadinanza¹⁷ e il varo di un nuovo regime generale per il riconoscimento della residenza permanente¹⁸ nel territorio. Nel novembre 2020, è entrato in vigore un nuovo meccanismo di concessione dello *status civitatis* attraverso la naturalizzazione basata sull'investimento diretto per servizi eccezionali alla Nazione. La nuova procedura, che in realtà mantiene alcune caratteristiche già presenti nel testo precedente, prevede la possibilità di richiedere la cittadi-

¹⁶ L. MAVELLI, *Citizenship for Sale and the Neoliberal Political Economy of Belonging*, in *International Studies Quarterly*, n. 3/ 2018.

¹⁷ Legal Notice 37/2020, *Granting of citizenship for Exceptional Services Regulations*.

¹⁸ Legal Notice 121/2021, *Immigration Act*.

nanza dopo aver soggiornato per un periodo compreso tra 12 e 36 mesi nel territorio; per quanto riguarda i familiari, dovranno dimostrare di essere effettivamente a carico del richiedente, se figli minori di 29 anni (anche di un solo coniuge) e/o parenti diretti.

Si tenga presente che, con le recenti modifiche, la variazione da uno a tre anni dipende - ancora una volta - dalla congruità e dal peso dell'impegno economico dello straniero, nonostante siano state rese obbligatorie per lo stesso la presentazione di documentazioni che attestino le fonti di reddito e le risorse proprie per il mantenimento. Varia anche l'entità dell'impegno economico necessario ad assicurare il titolo di cittadino ai familiari e l'importo da destinare per l'acquisto di una unità immobiliare o per il mero affitto della stessa (in quest'ultimo caso, l'impegno dovrà essere mantenuto per cinque anni consecutivi). Inoltre, il soggetto potrà versare un contributo non rimborsabile al *Malta National Development Fund* e effettuare una donazione ad una entità benefica; non sarà, invece, più consentito l'acquisto dei titoli di Stato da parte degli stranieri interessati.

Secondo la nuova normativa e sulla base dei risultati derivanti da un processo di *audit*, il Ministero competente può autorizzare il richiedente a ricevere un certificato di naturalizzazione: una volta concesso, lo stesso dovrà prestare giuramento entro 6 mesi. Il numero di autorizzazioni sarà limitato rispetto al passato: saranno rilasciati 1500 nuovi titoli di cittadinanza maltese, per un totale massimo di 400 autorizzazioni all'anno. Come in precedenza, sarà resa pubblica la lista dei beneficiari.

Infine, secondo quanto stabilito dalla *Legal Notice 435 del 2020*, le funzioni e i compiti in materia di cittadinanza sono poste sotto la responsabilità della *Community Malta Agency*, che sostituisce l'ormai cessata *Identity Malta Agency*. La nuova autorità pubblica è responsabile della gestione e dell'elaborazione di tutte le pratiche relative alla cittadinanza maltese: per discendenza, per meriti, per naturalizzazione a seguito di una residenza di lungo periodo, ovvero per motivi di investimento diretto. Rispetto al rapporto pregresso con entità esterne, il governo ha dichiarato in occasioni pubbliche che il rapporto con la *law firm* Henley and Partners sarà valido fino al 2023.

Le recenti modifiche non sembrano discostarsi da quell'approccio, già utilizzato in passato, che riconosce alla nuova Agenzia il medesimo margine di discrezionalità nel sondare i prerequisiti dello straniero. Nel suddetto testo normativo, infatti, si fa menzione di tutti i criteri che il cd. *Agent* deve rispettare ma non si arguisce la tipologia di rapporto che lega quest'ultimo ai consulenti esterni, né tantomeno quali siano i limiti del loro rispettivo operato. All'art. 9(2) del *Maltese Citizenship Act* si stabilisce, genericamente, che

«the Agency shall cause due diligence checks to be performed also by [...] more internationally recognised specialised due diligence service providers [...] as the Agency shall determine from time to time». All'art. 28, poi, è chiaramente sancito che «all information obtained through the due diligence process and its sources shall be kept secret».

Un'analisi complessiva sembra far emergere come l'istanza di naturalizzazione sia un atto concesso dall'amministrazione sulla scorta della dotazione finanziaria del soggetto e del suo impegno futuro a mantenerlo: tale approccio espone l'applicazione di questo strumento normativo anche a possibili ricadute sul piano del pari trattamento e della non discriminazione, conferendo all'acquisto della cittadinanza una verosimile connotazione premiale.

Si consideri, altresì, che all'art. 24 della legge sono elencati i motivi per cui il Ministro ha la potestà di privare una persona della cittadinanza maltese: oltre alle ragioni che attengono la minaccia per la sicurezza dello Stato, la norma consente la revoca anche quando «*the said individual fails to use his skills for the benefit of the Republic of Malta*» che lascia spazio ad ulteriori e ampi poteri nel sondare la condotta del richiedente.

Tali misure sono state strenuamente difese dall'esecutivo, che ha rivendicato la potestà statale nel decidere i criteri di valutazione delle istanze di cittadinanza e chiede che siano valutati al livello europeo gli sforzi di riforma attuati: per il governo, attraverso l'*Individual Investment Program* - che non è stato mai *de facto* abbandonato - il Fondo Nazionale Sociale e di Sviluppo ha investito in alloggi sociali, attrezzature sanitarie, sostenendo altresì l'economia maltese durante la pandemia da COVID-19.

4. *Considerazioni conclusive*

Le preoccupazioni sul rispetto dello Stato di diritto nell'isola di Malta sono quantomai attuali e all'attenzione degli organi europei. Le modifiche recentemente introdotte, che fanno perno sempre sulla concessione della cittadinanza per naturalizzazione, risentono inevitabilmente di quell'approccio ormai consolidato e che tende ad accostare un nesso tipico del diritto pubblico a ragioni meramente economiche. Un tema che viene affrontato anche da recenti ricerche¹⁹, le quali sottolineano come l'ottemperanza ai criteri economici rimarcati nell'ultima riforma – che non si discosta molto dalle

¹⁹ DAPHNE CARUANA GALIZIA FOUNDATION, *Discover the Passport Papers*, <https://www.daphne.foundation/passport-papers>.

precedenti – renda vacuo il criterio dell’effettiva stanzialità o la reale manifestazione, da parte di questi soggetti, di stabilirsi in maniera duratura nel territorio.

Si potrebbe dibattere, ancora una volta, circa la mutevole fisionomia del *genuine link*²⁰ e delle diverse forme che esso può assumere in relazione alla cittadinanza europea o, parimenti, sul fatto che non sussista una reale competenza della Commissione europea²¹ in questa materia; allo stesso modo, è necessario sottolineare che esistono ulteriori e meritevoli esempi che spostano – seppur con presupposti e risultati differenti – il dibattito su una sempre più concreta sfera digitale della cittadinanza²² e, quindi, sulla cangiante sfumatura delle sue caratteristiche.

Tuttavia, rimangono non troppo sfocati – e a nostro avviso particolarmente rilevanti – taluni punti critici che derivano dal peso che questi strumenti assumono in un quadro più generale di politica migratoria e che suggeriscono la necessità di misurarne la loro effettiva conformità ai principi di non discriminazione e pari trattamento alla luce della condizione giuridica dello straniero, unitamente ai criteri di trasparenza e di buona amministrazione che devono considerarsi insiti nell’operato di tutti gli Stati membri. Questioni che, evidentemente, non possono essere legate a valutazioni meramente economiche e procedurali.

²⁰ M. VAN DEN BRINK, *Revising Citizenship within the European Union: Is a Genuine Link Requirement the Way Forward?*, in RSCAS, n. 76/2020.

²¹ D. V. KOCHENOV, *Genuine Purity of Blood: The 2019 Report on Investor Citizenship and Residence in the European Union and its Litigious Progeny*, in LEQS Paper, n. 164/2020.

²² R. TRISTANO, *Estonian E-Residency: a model for Europe*, in *Diritti comparati Working paper*, n. 2/2020.

**PARTE III:
LA GESTIONE DELLE FRONTIERE ESTERNE**

I DIRITTI ALLA FRONTIERA

THE MANAGEMENT OF MIGRANTS' IDENTITIES AT THE EU
EXTERNAL BORDERS: *QUO VADIS* INTEROPERABILITY?*

Francesca Tassinari**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The new IT infrastructure. – 3. The multiple-identity detection procedure. – 3.1. The automated generation of white and yellow links. – 3.2. The manual verification procedure. – 4. Migrants/data subjects' right to the protection of personal data. – 4.1. The right to information. – 4.2. The right to access, rectify, and erase personal data and to restrict the processing. – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

Regulations 2019/817¹ and Regulation 2019/818² (IO Regulations) estab-

* This contribution has been deepened and revisited in F. TASSINARI, *La interoperabilidad de los sistemas información de gran magnitud de la Unión Europea y la detección de identidades múltiples: garantías y responsabilidades* in F. J. GARRIDO CARRILLO, *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Navarra, 2022, pp. 291-338.

** Ph.D. candidate in Public International Law and International Relations, University of Granada & University of Ferrara, francescatassinari@ugr.es or francesca.tassinari@unife.it.

¹ 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, PE/30/2019/REV/1, OJ L 135, 22.5.2019, p. 27-84.

² 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, PE/31/2019/REV/1, OJ L 135, 22.5.2019, p. 85-135.

lish a framework for the interoperability between EU information systems in the field of borders, visa, police and judicial cooperation, asylum, and migration³. Such a reform aims at interconnecting six freedom, security and justice large-scale IT systems⁴: two recently renovated – the Schengen Information System⁵ (SIS) and the Visa Information System⁶ (VIS); three currently under implementation – the Entry Exit System⁷ (EES), the European Travel Infor-

³ D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, in A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS (eds.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020.

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Stronger and Smarter Information Systems for Borders and Security, COM(2016) 205 final, Brussels, 6 April 2016.

⁵ 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, PE/34/2018/REV/1, 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, PE/35/2018/REV/1, 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, 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, PE/36/2018/REV/1, OJ L 312, 7.12.2018, p. 56–106.

⁶ 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, revised by Regulation (EU) 2021/1133 of the European Parliament and of the Council of 7 July 2021 amending Regulations (EU) No 603/2013, (EU) 2016/794, (EU) 2018/1862, (EU) 2019/816 and (EU) 2019/818 as regards the establishment of the conditions for accessing other EU information systems for the purposes of the Visa Information System, PE/45/2021/INIT, OJ L 248, 13.7.2021, p. 1–10, and Regulation (EU) 2021/1134 of the European Parliament and of the Council of 7 July 2021 amending Regulations (EC) No 767/2008, (EC) No 810/2009, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1860, (EU) 2018/1861, (EU) 2019/817 and (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council and repealing Council Decisions 2004/512/EC and 2008/633/JHA, for the purpose of reforming the Visa Information System, OJ L 248, 13.7.2021, p. 11–87.

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 re-

mation and Authorisation System⁸ (ETIAS), and the European Criminal Records Information System for third-country nationals⁹ (ECRIS-TCN) –, and a last one whose adoption has been blocked by the co-legislators since 2016 and it is currently under (re)negotiation – i.e., the European Dactyloscopy system¹⁰ (Eurodac). The huge amount of migrants' personal data processed within these systems confirms that interoperability will weigh most heavily, though not exclusively, on third country nationals, raising questions about how their fundamental right to the protection of personal data – i.e., Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights¹¹ (EUCFR) – is safeguarded¹². This contribution introduces the most relevant objective pursued by the IO Regulations, that is, the detection of multiple identities set forth

fusal 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, PE/21/2018/REV/1, *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 European Criminal Records Information System and amending Regulation (EU) 2018/1726, PE/88/2018/REV/1, *OJ L 135*, 22.5.2019, p. 1–26.

¹⁰ 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, COM/2020/614 final.

¹¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, *OJ C 326*, 26.10.2012, p. 391–407.

¹² E. BROUWER, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, No 1/2020, pp. 71-92, EUROPEAN PARLIAMENT, *Interoperability between EU information systems for security, border and migration management*, PE 628.267, Brussels, 2019, and EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Interoperability and Fundamental Rights Implications*, Brussels, 19 April 2019.

under Article 21¹³. After illustrating its content and functioning, we will analyse some of the guarantees envisaged by the co-legislators to assess whether migrants' rights to information, access, rectification, and erasure of personal data are duly guaranteed.

2. *The new IT infrastructure*

The majority of the norms set forth by the sister Regulations is dedicated at regulating the interoperability components: the European Search Portal (ESP); the shared Biometric Matching Service (sBMS); the Common Identity Repository (CIR), and the Multiple-Identity Detector (MID)¹⁴. The ESP is a one-stop shop or message broker that will facilitate the access to the systems and the interoperability components while enabling the cross-matching among the data stored therein. The sBMS will store the biometric templates of the corresponding data stored in the underlying systems and the CIR – i.e., fingerprints and facial images –, thus excluding the ETIAS. The CIR is the true “beating heart” of this new infrastructure and it will gather some of

¹³ Other reflections on interoperability can be consulted in: F. TASSINARI, *La transizione digitale dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le sfide dell'interoperabilità dei sistemi IT su larga scala*, in *Idee d'Europa*, Ferrara, 2021; C. BLASI CASAGRAN, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, No 2/2021, pp. 433-457; N. VAVOULA, *Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Right to Privacy and Personal Data Protection of Third Country Nationals?*, in *European Public Law*, No 1/2020, pp. 131-156; M. LEESE, *Fixing State Vision: Interoperability, Biometrics, and Identity Management in the EU*, in *Geopolitics*, 2020, pp. 1-21; P. HANKE, D. VITIELLO, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of “Enhanced Interoperability”*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Switzerland, 2019, and E. HOFFBERGER-PIPPAN, *The Interoperability of EU Information Systems and Fundamental Rights concerns*, in *Spanish Yearbook of International Law*, No 23/2019, pp. 426-250.

¹⁴ Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (borders and visa) and amending Council Decision 2004/512/EC, Regulation (EC) No 767/2008, Council Decision 2008/633/JHA, Regulation (EU) 2016/399 and Regulation (EU) 2017/2226 and Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (police and judicial cooperation, asylum and migration) SWD/2017/0473 final - 2017/0351 (COD), Strasbourg, 12.12.2017.

the categories of personal data stored in the underlying IT systems at stake, namely: identity, travel document, and biometric data. The MID will support the CIR by creating, establishing, and storing color-coded links among the data – or even better the individual files – stored in the CIR or in the SIS, laying the latter outside the CIR.

3. *The multiple-identity detection procedure*

The multiple-identity detection procedure is launched each time an individual file is created or updated in one of the six large-scale IT systems integrating the interoperability architecture (Article 27 IO Regulations). Thus, the authorities involved in this procedure may be: borders guards, consular authorities, and immigration authorities as for the EES; authorities competent for visa and residence permits for the (revised) VIS; the ETIAS Central and National Units for the ETIAS; the SIRENE Bureau of the Member State creating or updating a SIS alert, and the central authorities of the Member States in charge of inputting data in the ECRIS-TCN (Article 29(1) IO Regulations). The multiple-identity detection procedure pursues two main goals: facilitating *bona fide* travellers' checks at the external borders and detecting fraudulent identities used to access the Schengen area. The latter is especially important to fight organised crime, terrorism, smuggling of migrants, and trafficking in human beings, as the European Migrant Smuggling Centre points out¹⁵. However, the use of "other" identities also characterises groups of migrants that should not be associated with criminal activities such as irregular migrants and asylum seekers¹⁶, as the European Union Agency for Fundamental Rights claims¹⁷.

3.1. *The automated generation of white and yellow links*

As soon as an individual file is created or updated in one of the underly-

¹⁵ EUROPEAN MIGRANT SMUGGLING CENTRE, *4th Annual Activity Report*, The Hague, 2020.

¹⁶ S. FORLATI, *L'ingresso dei migranti irregolari nell'Unione europea – Fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione*, in V. MILITELLO, A. SPENA (eds.), *Il traffico di migranti – Diritti, tutele, criminalizzazione*, Turin, 2015, pp. 37-59.

¹⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Under watchful eyes – biometrics, EU IT-systems and fundamental rights*, Brussels, 28 March 2018.

ing IT systems, the multiple-identity detection procedure is automated started¹⁸. The data input or modified are compared with those stored in the CIR and the SIS, as well as with the templates held by the sBMS. Comparisons occur among data belonging to the same category, that is: identity data are compared with identity data; travel document data are compared with travel document data; fingerprints are matched with fingerprints, and facial images are matched with facial images. Such an automated phase may flow into the generation of a white or yellow link among individual files stored in different IT systems (Article 27(5) IO Regulations).

A white link (Article 33 IO Regulations) indicates that the data inputs are identical or similar to the ones already stored in the CIR – eventually in the SIS – and match with the templates held by the sBMS: in other words, the data belong to the same person. It would be the case of a person seeking for the first time a visa to enter the Schengen area who is registered in the EES upon his/her arrival at the EU external borders. Provided that no other system contains data related to that person, the multiple-identity detection procedure would be launched twice, by the VIS and the EES, but only the latter would create a white link against the VIS.

A yellow link, instead, is notified when the data stored in the individual files compared cannot be considered identical or similar (Article 30 IO Regulations). The yellow link is provisional and calls on a competent authority to “resolve” it, that is, to resolve the identity issue stemming from the automated comparison. It would be the case, for instance, of a third country national that had been issued a refusal of entry alert provided with fingerprints and biometrics in the SIS and subsequently obtains a genuine passport in another country of origin subjected to a visa requirement to access the Schengen area. As soon as the consular authority enters the data in the VIS, the multiple-identity detection procedure is launched and a yellow link is generated since the identity and the travel document data are detected to be different, while the biometrics match with the ones stored in the SIS – i.e., the corresponding template within the sBMS.

3.2. *The manual verification procedure*

As a general rule, the authorities creating or modifying an identity file in

¹⁸ E. TROISI, *AI e GDPR: L'Automated Decision Making, la Protezione dei Dati e il Diritto alla 'Intelligibilità' dell'Algoritmo*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, No 41/2019.

one of the IT systems decide the cases they are dealing with. An important exception is given for the SIS “sensitive alerts” whose yellow links are to be resolved by the SIRENE Bureau of the Member State creating the alert (Article 29(2) IO Regulations). The authority in charge of the manual verification shall turn the yellow link into a:

- white link, when s/he finds that the linked files belong to the same person;
- green link, if s/he considers that the linked files pertain to different persons, though sharing some patterns;
- red link, when there is a risk that the person at stake is using different identities in an unjustified manner – be them false or stolen.

For the purpose of resolving the yellow link, the competent authority is allowed to access the set of data linked contained in the CIR – and eventually the SIS – and the previously generated or established links that are registered in MID – i.e. in the so-called “identity confirmation file” (Article 34 IO Regulations). This implies, as the European Data Protection Supervisor (EDPS) highlights¹⁹, that new access rights are granted to resolve the yellow links and, consequently, that individuals’ personal data are subjected to new processing activities. The choice among a white, green, or red link lies in the hands of the authority competent for the manual verification; yet, the European Commission is expected to support them in this task with a practical handbook (Articles 77 and 73 IO Regulations). For example, a red link may be established when a third country national has a refusal of entry alert in the SIS and submits in the ETIAS a request for a travel authorisation with false or stolen identity data. In this situation, the multiple identity detection procedure launched by the EES against the SIS generates a yellow link since the biometric data match, but the identity data are neither the same nor similar. The border guard concerned is expected to turn the yellow link into a red one since the individual has used a false or someone else’s identity to access the Schengen area, as it is recorded in the ETIAS.

4. *Migrants/data subjects’ right to the protection of personal data*

According to the EU data protection *acquis*, the link generated or estab-

¹⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2018 on the Proposals for two Regulations on the establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems*, Brussels, 16 April 2018.

lished within the multiple-identity detection procedure is “information relating to an identified or identifiable natural person” or, simply, personal data – see, e.g., Article 4(1) General Data Protection Regulation²⁰ (GDPR). Therefore, the IO Regulations insert important provisions on the right to be informed, to access, rectify, and delete personal data before the national authorities and Union agencies’ staff²¹ involved in the multiple-identity detection procedure.

4.1. *The right to information*

The right to information is guaranteed in case a white or a red link is established by the competent authority in charge of the manual verification procedure (Articles 33(4) and 33(4) IO Regulations) thanks to the handover of a standard form containing the references to: the single identification number (Article 34(c) IO Regulations); the authority responsible for the manual verification of different identities (Article 34(d) IO Regulations), and the website address of a web portal (Article 49 IO Regulations). The EDPS²² has recently commented that the standard form drafted by the European Commission should better detail the range of cases envisaged to justify the establishment of a white or a red link. We believe that the difficulties surrounding the explanation of the functioning of a (semi-)automated decision-making procedure consisting in the combination of enigmatic algorithms and human interventions should have been evidenced too. Also, no form seems to be provided in case white links are generated in an automated manner, or when green links are established. The former gap is especially worrisome if we consider the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling – e.g., Article 22 GDPR. Although this right is subject to derogations, full-automated decision-making based on sensitive data – like biometrics – is always called on to respect the limits im-

²⁰ 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.

²¹ J. ALBERTI, *Le Agenzie dell’Unione Europea*, Milano, 2018.

²² EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Formal comments on the draft Commission Implementing Decisions laying down a standard form for notification of a white link pursuant to Regulation (EU) 2019/817 and Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council*, Brussels, 22 April 2021.

posed by virtue of Article 52(1) EUCFR. It seems to us that in these cases the right to information is not suppressed *tout court*, and that the general provision of Article 47 IO Regulations applies. According to it, the individual must be informed each time an individual file is created in SIS, VIS, EES, ETIAS, Eurodac, or ECRIS-TCN. However, it is not clear why the IO Regulations foresee a different treatment among, on the one hand, the white links generated in an automated manner and the green links and, on the other hand, the white and red links established following the manual verification procedure. On closer inspection, also the former types of links may be erroneously or illegally established and, beware, these errors may result from a machine decision. In any case, no information at all is given to the individual in case this prejudices security and public order, crime prevention, and national investigation which seems to be the case of the SIS “sensitive alerts”, though the IO Regulations are silent on this point.

4.2. *The right to access, rectify, and erase personal data and to restrict the processing*

The right to access, rectify, and erase personal data may be exercised through the interoperability web portal when the standard form is handed in to the individual, or by addressing the competent authority of each Member State a request to access, rectify, and erase personal data as well as to exercise the right to restrict the processing. In the latter case, Article 48(2) IO Regulations foresees that the Member State examining such a request shall reply, including through a central office, in any event within 45 days from the receipt of the request – extendable by 15 further days. Yet, in case the request concerns the rectification or suppression of personal data, Article 48(3) IO Regulations sets forth a cooperation procedure between the authority addressed and the one responsible for the manual verification procedure. Specifically, the Member State to which the request has been submitted shall contact the authorities of the Member State responsible for the manual verification of different identities within 7 days. It is the latter authority that is in charge of checking the accuracy of the data and the lawfulness of the data processing within 30 days – extendable by 15 further days. Now, the authority responsible for the manual verification may:

- rectify or erase those data and inform in writing the individual concerned, or
- adopt an administrative decision explaining in writing to the person concerned why the rectification or the erasure has not been executed.

Article 48(8) IO Regulations specifies that the latter decision must indicate the means for challenging it at court or before the national supervisory authority, though we should not exclude the possibility that the validity or regularity of the decision taken in the former situation may also be questioned. Besides, Article 48 raises two main concerns: one related to white links generated in an automated manner in which cases there is no competent authority designated; another one concerning the ETIAS Central Unit's responsibility for resolving yellow links. In both cases, Article 48(5) IO Regulations establishes that the Member State to which the request has been made shall decide whether to rectify or erase those data or not. This implies that the Member State addressed take the responsibility not only for the white links generated in an automated manner, but also for the links established by the ETIAS Central Unit – i.e., the European Border and Coast Guard (EBCG) Agency²³. We believe that this solution shall be appreciated since it guarantees the individual the right to an effective remedy against administrative decisions according to Article 47 EUCFR. However, it should be also criticised as it de-regulates the EBCG Agency's responsibility in the frame of multiple-identity detection procedure²⁴. In this regard, we cannot avoid mentioning the crucial role played by the ETIAS Central Unit in the resolution of yellow links stemming from the data stored in the systems before the interoperability components are put into operation, which is also labelled as “MID transitional period” (Articles 69 and 65 IO Regulations). We assume that in none of these circumstances the individual could challenge an EBCG Agency's act in the light of Article 263 of the Treaty on the Functioning of the EU²⁵ (TFEU) since the Agency never issues a writing decision. Considering that the ETIAS Central Unit gives its “opinion” without undue delay and in any event within 30 days since it has been contacted by the Member State to which the request is made (Article 48(4) IO Regulations), a complaint by virtue of the third paragraph of Article 265 TFEU would also be rejected²⁶. Conversely, the ETIAS Central Unit's decision stemming from

²³ Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and (EU) 2016/1624, PE/33/2019/REV/1, OJ L 295, 14.11.2019, p. 1–131.

²⁴ B. VAN ALSENOY, *Data protection Law in the EU: Roles, Responsibilities and Liability*, Cambridge, 2019.

²⁵ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47-390.

²⁶ F. ESTEVE, *El Control Judicial de las Agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justi-*

the manual verification procedure could be challenged incidentally before the national court that may refer a question to the CJEU for a preliminary ruling – i.e., Article 267 TFEU. All in all, our assumptions leave open the debate on the protection of migrants' fundamental rights against that EU Agency's activities²⁷.

5. *Conclusions*

Article 21 IO Regulations provides for a new interoperability objective consisting in the detection of migrants' multiple identities based on the generation/establishment of links among the individual files stored in the CIR. Aiming at fostering checks over persons at the EU external borders, the multiple-identity detection provides for full- or semi-automated decision-making procedures that will impact migratory flows toward, within, and from the Schengen area. Although laying down specific safeguards for the individual to exercise his/her rights to be informed, access, erase, and delete the links, the sister Regulations do not justify why different treatments are granted depending on the generated/established coloured-links. Arguably, IO Regulations blur the responsibility of the authorities and staff involved in the procedure which may risk disarming the individual *vis-à-vis* the decisions taken, for example, by the EBCG Agency.

cia, in C. BLASI CASAGRAN, M. ILLAMOLA DAUSÁ (eds.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Madrid, 2016, pp. 81-104.

²⁷ J. SANTOS VARA, *La gestión de las fronteras exteriores de la UE Los nuevos poderes de la Agencia Frontex*, Valencia, 2021.

PRIVACY ENHANCING READMISSION:
THE CLAUSE ON DATA PROTECTION IN THE EURAS

Francesca Tassinari*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The EU competence on the protection of personal data and on the free movement of such data. – 3. Third countries of origin and transit's commitment to data protection. – 4. The clause on data protection in EURAs. – 5. The enforceability of data subject rights and effective legal remedies. – 6. Conclusion.

1. *Introduction*

Since the '90s, the European Union¹ (EU) has been building up a model system based on the protection of personal data that balances the need of exchanging the information with the provision of specific guarantees preventing unlawful processing of personal data or effective redress in case of breach². For this reason, EU readmission agreements (EURAs) have been fitted with a data protection clause that imposes the respect of continental parameters on the contracting party. However, the EURAs' clause does not guarantee enforceable rights to individuals which raises concerns on the effective protection of migrants' fundamental rights to privacy and to the protection of personal data – Articles 7 and 8 of the Nice Charter³ (CFREU). This circumstance raises uncertainties on whether the EURAs' clause *per se* constitutes an “appropriate safeguard” in terms of Article 46 of the General Data Protection Regulation⁴

* Ph.D. candidate in Public International Law and International Relations, University of Granada & University of Ferrara, francescatassinari@ugr.es or francesca.tassinari@unife.it.

¹ A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020.

² O. LINSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015, and G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series, Vol. 16, Cham, 2014.

³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

⁴ 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

(GDPR) as it is assumed, e.g., by Article 41(2)(b) of the Entry/Exit System (EES) Regulation⁵.

2. *The EU competence on the protection of personal data and on the free movement of such data*

The EU competence on the protection of personal data had been developed by virtue of Article 100a Treaty of the European Community⁶ (TEC) and it was inserted within the provisions having general application of the Treaty on the Functioning of the EU⁷ by the Lisbon Treaty in 2007. Despite its strategic position, Article 16(2) of the TFEU suffers from a turbulent history that still influences its exercise: first, it assumes different shapes in specific policies – e.g., in the Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters⁸ (PJCCM) – because of its sectorial origin; second, it maintains an intimate relationship with the right to privacy set forth in Human Rights Treaties like the European Convention on Human Rights⁹ (ECHR) and, today,

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.

⁵ 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.

⁶ Treaty establishing the European Community, /* CODIFIED VERSION OF THE TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY *//, *OJ C* 224, 31.8.1992, p. 6-79.

⁷ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C* 326, 26.10.2012, p. 47-390.

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Way forward on aligning the former third pillar acquis with data protection rules, COM(2020) 262 final, Brussels, 24.6.2020. In literature, see: F. BOHEM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Cham, 2012, and E. KOSTA, F. COUDERT, J. DUMORTIER, *Data Protection in the Third Pillar: In the Aftermath of the ECJ Decision on PNR Data and the Data Retention Directive*, in *International Review of Law, in Computers & Technology*, Vol. 21, No 3/2007, pp. 347-362.

⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 005, signed in Strasbourg on 4 November 1950, entered into force on 3 September 1953.

the fundamental right to the protection of personal data sealed in the CFREU¹⁰.

These peculiarities harshen the assessment on the existence and nature of the EU external competence on personal data for which purpose the regime on the transfer of personal data set forth in Title V of EU *acquis* on personal data – namely the GDPR and the Law Enforcement Directive¹¹ (LED) – acquires special relevance¹². First of all, the existence of the EU external competence has to be inferred by virtue of the *ERTA* doctrine¹³ on implied external competences. In this regard, Article 16(2) TFEU suggests that the EU shall pursue two main objectives: the protection of individuals with regard to the processing of personal data as well as to their free movement. The necessity of the EU intervention to act externally is firstly justified by the need to ensure the non-circumvention of EU standards in transborder data flows. This goal is reached, first of all, with the adoption of an adequacy decision (Article 45 GDPR), that is, an implementing decision adopted by the European Commission (Article 93 GDPR) establishing that a third country or international organisation ensures a level of protection essentially equivalent¹⁴ to the one granted by the EU. In case there is not a similar decision – or when this has been annulled¹⁵ – the EU is empowered to conclude an inter-

¹⁰ M. BRKAN, *The essence of Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, in *German Law Journal*, No 20/2019, pp. 864-883.

¹¹ 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. 89-131.

¹² S. SALUZZO, *The EU as a Global Standard Setting Actor: The Case of Data Transfers to Third Countries*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, 2019, pp. 115-134.

¹³ CJEU, Judgment of 31 March 1971, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities (European Agreement on Road Transport)*, C-22/70, EU:C:1971:32, and P. GARCÍA ANDRADE, *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. Un problema de reparto de competencias*, Valencia, 2015.

¹⁴ CJEU, Judgment of 6 October 2015, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, C-362/14, EU:C:2015:650.

¹⁵ *Ibidem*.

national agreement based on Article 16(2) TFEU. Yet, the GDPR does not¹⁶ fully harmonise the data protection field as «(...) there is still a degree of fragmentation which is notably due to the extensive use of facultative specification clauses»¹⁷ – e.g., as far as the age of children consent is concerned¹⁸ (Article 8 GDPR). This situation leads Hijmans¹⁹ to maintain that «the fundamental rights of privacy and data protection on the internet cannot be achieved by internal rules [so that] the effectiveness or *effet utile* of the internal regulation justifies exclusive competence for external action».

As Kuner highlights²⁰, the relationship between adequacy decisions and international treaties remains somehow unclear. In *Opinion 1/15*²¹ the Court of Justice of the EU (CJEU) maintained that the EU-Canada transborder flow of Passenger Name Record (PNR) should have been based on an agreement or an adequacy decision, alternatively. However, the GDPR clearly places international agreements in a separate layer, within the appropriate safeguards, and under the “legally binding and enforceable agreement” label (Article 46(2)(a) GDPR). In *Maximillian Schrems*²² the CJEU specified that, differently from adequacy decisions, standard contractual clauses (Article 46(2)(c) GDPR) may require the adoption of supplementary measures and, in any case, their adoption leaves the data controller or processor accountable for supervising the recipient’s compliance with the standards agreed²³. Specifically, Article 46(1) GDPR recalls that the agreement must include enforceable data subject’s rights and effective legal remedies so that the foreign country is pushed to comply with its obligations by other contracting parties

¹⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion on the data protection reform package*, Brussels, 7 March 2012.

¹⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Data protection as a pillar of citizens’ empowerment and the EU’s approach to the digital transition – two years of application of the General Data Protection Regulation, COM/2020/264 final, Brussels, 24.6.2020.

¹⁸ A. ANNONI, A. THIENE, *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, Ferrara, 2019.

¹⁹ H. HIJMANS, *Privacy and Data Protection as Values of the EU That Matter, Also in the Information Society*, Law, Vol. 31, Cham, 2016.

²⁰ C. KUNER, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford, 2013.

²¹ CJEU, Opinion of 26 July 2017, *Opinion 1/15*, EU:C:2017:592.

²² *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, cit. footnote 10.

²³ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, Brussels, 18 June 2021.

as well as by the individual. These additional guarantees lead to conclude that the adequacy decision and the corresponding treaty shall be kept separate from each other, though the former may be prodromic to the conclusion of the latter. Besides, a dividing line must be traced between those treaties genuinely concluded on the basis of Article 16(2) TFEU – e.g., the EU-US Umbrella Agreement²⁴ – and those that contemplate it as a sided legal basis – e.g., the draft EU-Canada PNR Agreement²⁵ – and, lastly, those that merely foresee a data protection clause, as it is the case of EURAs²⁶.

3. *Third countries of origin and transit's commitment to data protection*

As of today, the EU has concluded seventeen EURAs²⁷. All EURAs include a data protection clause through which the EU promotes its model system in conformity with the parameters set forth in its internal legislation. However, the commitment of third countries of origin and transit *vis-à-vis* privacy and protection of personal data of migrants readmitted varies considerably. Although none of the third countries at issue has been granted an EU adequacy decision, thirteen of them take part in the Council of Europe's Convention 108²⁸.

Convention 108 is the only legally binding multilateral agreement in the field of data protection and its provisions are so close to the EU ones that its accession facilitates the adoption of an adequacy finding by the European

²⁴ Council Decision (EU) 2016/920 of 20 May 2016 on the signing, on behalf of the European Union, of the Agreement between the United States of America and the European Union on the protection of personal information relating to the prevention, investigation, detection, and prosecution of criminal offences, *OJ L* 154, 11.6.2016, p. 1-2.

²⁵ Proposal for a COUNCIL DECISION on the conclusion of the Agreement between Canada and the European Union on the transfer and processing of Passenger Name Record data, /* COM/2013/0528 final - 2013/0250 (NLE) */.

²⁶ For an in-depth analysis, see F. TASSINARI, *The European Union adequacy standard in the field of data protection: A competence approach*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, forthcoming.

²⁷ Available at eur-lex.europa.eu. R. PALLADINO, *Efficacia dei rimpatri e tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti: quale equilibrio nelle prospettive di riforma della direttiva rimpatri?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 30 dicembre 2020, last consult on 22 June 2021.

²⁸ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, *ETS* No. 108, signed in Strasbourg on 28 January 1981, entered into force on 1 October 1985. Ratifications are available at www.coe.int.

Commission²⁹ (recital (105) GDPR). Besides, the European Commission elucidates that Convention 108 contains safeguards similar to the EU ones, so that the adherence to it ensures a higher level of protection and facilitates the exchange of data on the basis of appropriate safeguards, including public international law (PIL) treaties. Convention 108 will be provided of a new regime on the transborder flow of personal data among contracting parties as soon as the second amending Protocol³⁰ will enter into force. Although its Article 14(1) prohibits hampering the transfer of personal data, Convention 108+ will make exception in case of «(...) harmonised rules of protection shared by States belonging to a regional international organisation». Such a compatibility clause has been specifically inserted to allow Member States to comply with both the Convention 108+ and Chapter V GDPR since the ratification of Convention 108+ is not sufficient to meet the EU standards.

4. *The clause on data protection in EURAs*

The EURAs' clause is made of two main parts, namely an introductory *chapeau* and a set of core principles. Provided that the term “transfer of personal data” used under the EU legislation has not been defined, it can be argued that this concept includes what the EURAs' clause describes as “communication” of data. The EURAs' clause indicates that data are transferred between “competent authorities” of the third country and the Member States – e.g., excluding EU agencies. However, these officials are laid down in unpublished implementing Protocols and it is not possible to know *a priori* which categories of authorities are accountable for the processing of personal data³¹. Conversely, the data subject should be informed of the identity and contact details of the controller according to Articles 13(1)(a) and 14(1)(a) GDPR in order to raise an appeal against them (Article 79 GDPR). Besides, no definition of “processing” is given, and it is not clear how it dif-

²⁹ PROPOSAL FOR A COUNCIL DECISION authorising Member States to ratify, in the interest of the European Union, the Protocol amending the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), COM/2018/451 final, Brussels, 5.6.2018.

³⁰ Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 223, signed in Strasbourg on 10 October 2018.

³¹ S. CARRERA, *Implementation of EU Readmission Agreements. Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Cham, 2016.

fers from the expression “treatment of personal data”. The applicable laws to the processing of personal data are, respectively, the foreign one in the third country and the Member State’s one in the EU, having been the latter harmonised by the Data Protection Directive³² (DPD). Since the GDPR establishes the maximum level of protection³³, the reference to the Member State’s internal legislation should be replaced by a new one to the GDPR.

In its body, the EURAs’ clause lists a set of norms that recalls numerous data protection principles which shall be welcomed with favour; yet, still some criticism can be raised. First, by recalling two of the essential elements listed by Article 8(2) CFREU, the clause states that personal data must be processed fairly and lawfully (Article 5(1)(a) GDPR). Second, it sets forth that personal data must be collected for the specified, explicit, and legitimate purpose of implementing the EURA and not further processed by the communicating authority or by the receiving authority in a way incompatible with that purpose (Article 5(1)(b) GDPR). The principle of purpose limitation is a milestone of the fundamental right to the protection of personal data, but it is not absolute. In the frame of transborder flow of data it may be advisable to oblige the parties to authorise each other to process personal data for further compatible purposes within the limits enshrined in Article 6(4) GDPR.

Third, personal data must be adequate, relevant, and not excessive in relation to the purpose for which they are collected and further processed (Article 5(1)(c) GDPR). Although not embedded in Article 8 CFREU, the principle of data minimisation integrates the strict necessity test deployed under Article 52(1) CFREU and is a crucial feature for assessing the legality of the transfer operation. Concretely, the categories of data communicated shall be specified, and so do the EURAs’ clause and the lists annexed to the agreements. The same rationale underpinning the purpose limitation principle applies to storage limitation. The clause states that personal data must be kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than what is necessary for the purpose for which the data were collected or for which they are further processed (Article 5(1)(e) GDPR). However, the specification of a maximum data retention period would fulfil the requisite of Article 52(1) CFREU.

³² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJ L* 281, 23.11.1995, p. 31-50.

³³ CJEU, Judgment of 26 February 2013, *Stefano Melloni v Ministero Fiscal*, C-399/11, EU:C:2013:107.

Fourth, the EURAs' clause foresees that data shall be kept accurate and, where necessary, up-to-date (Article 5(1)(d) GDPR) which justifies the right to access and rectification recognised to individuals by the CFREU too. Hence, the clause maintains that both the communicating authority and the receiving authority shall take every reasonable step to ensure, as appropriate, the rectification, erasure, or blocking of personal data where the processing does not comply with the provisions of such Article. This provision is particularly relevant in case data are not adequate, relevant, accurate, or they are excessive in relation to the purpose of processing (Articles 16-18 GDPR). Besides, the EURAs' clause establishes that competent authorities shall notify any rectification, erasure, or blocking to the other contracting party, which is consistent with the European Data Protection Board³⁴ (EDPB) indications.

Some duties on the principle of confidentiality and security of data can be extracted from the restriction of the communication of personal data to the competent authorities only (Article 5(1)(f) GDPR), while imposing the prior consent of the communicating authority in case further communications are made to other bodies. This rule acquires an added value with regard to the so-called "onward transfer" that shall be subject to the same principles and safeguards valid for the first transfer with due respect of the purpose limitation principle. "Onward transfers" shall be subject to the prior and express authorisation of the transferring body and should be recorded and made available to the data protection authority (DPA) if necessary. In this regard, the wording used by the EURAs' clause should be more trenchant in extending the reach of the EU protection to other recipients. Besides, no explicit mention is made of the principle of security and the need to cooperate in case of data breach. Article 4(12) GDPR obliges to inform the data subject of the high risks stemming from a data breach, including when this is the result of a security incident (Article 34 GDPR). Finally, although we positively welcome the insertion of a binding disposition on the communicating and the receiving authorities to keep a written record of the communication and receipt of personal data (Article 5(2) GDPR), the principle of accountability might have been enhanced by requiring the submission of such a reporting activity to the DPA.

Further safeguards may be added, like the prohibitions of decisions fully based on automated-decision making and of transferring "special categories

³⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 2/2020 on articles 46 (2) (a) and 46 (3) (b) of Regulation 2016/679 for transfers of personal data between EEA and non-EEA public authorities and bodies*, Brussels, 15 December 2020.

of personal data” (Article 9 GDPR). The EURAs rely on biometrics³⁵ to identify individuals which derogates to the general prohibition set forth by the GDPR. Hence, enhanced safeguards should be added like, for example, the insurance that experts are involved in the enrolment phase. Finally, it is not clear why the EURAs’ clause affirms that «upon request, the receiving authority shall inform the communicating authority of the use of the communicated data and of the results obtained therefrom». If the data shall be used for the purposes of readmitting migrants to the State of origin or transit only, why should the receiving authority not communicate the result of the use of the communicated data?

5. *The enforceability of data subject rights and effective legal remedies*

Article 46(1) GDPR demands the controller or processor in charge of transferring personal data on the basis of appropriate safeguards to assess whether «enforceable data subject rights and effective legal remedies for data subjects are available». In international treaty law, enforceability firstly refers to the regulator who must give effect to the data protection dispositions through the implementation of the agreement at issue³⁶. PIL instruments – be they hard/soft or punitive/incentive – induce the contracting parties to comply with their commitment. In bilateral relations, and in case the parties of the agreement do not resolve the dispute friendly, they should suspend or terminate the treaty. Article 60(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties³⁷ (VC69) requires the violation to be an essential provision «to the accomplishment of the object or purposes of the treaty» unless the parties have agreed otherwise. The EDPB³⁸ also suggests that in such a circumstance the data transferred shall be returned or deleted by the receiving authority, and the DPA shall be notified.

³⁵ F. TASSINARI, *The evolution of Interoperability under the new pre-entry screening procedure: toward the normalization of biometric identification in the area of freedom, security and justice?*, in *Sociedad Digital*, 29 November 2020, last consult on 22 June 2021 available at www.sd2.ugr.es.

³⁶ F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2020.

³⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, U.N.T.S. Vol. 1155, p. 331, signed in Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980.

³⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 2/2020 on articles 46 (2) (a) and 46 (3) (b) of Regulation 2016/679 for transfers of personal data between EEA and non-EEA public authorities and bodies*, cit.

In the data protection field, the EU promotes “enforceability” through bottom-up mechanisms too³⁹. First, DPAs are called to ensure the compliance with data protection principles, including those agreed internationally. Hence, the oversight authority of the receiving State should be called to cooperate with EU DPAs. Second, the data subject must be recognised the access to redress mechanisms in case foreign authorities do not comply with the agreed provisions. Indeed, the GDPR guarantees not only the right to a judicial remedy in full respect of Article 47 CFREU, but also the right to a compensation in case of damage (Article 82 GDPR). If a judicial remedy is not guaranteed, the EDPB recommends⁴⁰ ensuring the availability of alternative safeguards – e.g., arbitration, alternative dispute resolution, or mechanisms implemented by international organisations.

Regrettably, the EURAs’ clause does not foresee any provision, neither on DPAs nor on the enforceability of the rights recognised to the data subject. Although the clause requires the communicating and the receiving authorities to take every reasonable step to ensure, as appropriate, the rectification, erasure, or blocking of personal data where the processing does not comply with the agreement, it does not empower the individual *vis-à-vis* public authorities. Conversely, the principle of transparency enables the data subject to take knowledge of: the personal data processing activities public authorities carry out with their data; the relevant tools used for the transfer; the entities to which the data may be transferred; the rights available and the applicable restrictions; the existence of available redress mechanisms, and the contact details for submitting a dispute or claim. However, the allowance of restrictions shall be laid down in accordance with Article 23 GDPR in order to limit the restrictions applicable to the individuals’ rights. Therefore, the EDPB⁴¹ urges the contracting parties to publish the agreement and provide a summary thereof in case this facilitates its clarity.

All in all, the EURAs’ clause does not comply *per se* with Article 46(1) GDPR requisites unless further guarantees are set forth in the unpublished implementing Protocols mentioned *supra*, which is not known to us. Another option would be to confer direct effect to the EURAs’ clause by affirming its clear, precise, and unconditional wording. However, the necessity of its subsequent development through implementing arrangements is heading in the

³⁹ D. WRIGHT, P. DE HERT, *Enforcing Privacy. Regulatory, Legal and Technological Approaches*, Vol. 25, Cham, 2016.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

opposite direction. Despite this, Article 98 GDPR confers great discretion – more than the one envisaged by Article 62(6) LED – on the EU legislator when it comes to revising existing EU acts, including international agreements. Recital (102) GDPR establishes that the Regulation «(...) is without prejudice to international agreements concluded between the Union and third countries regulating the transfer of personal data including appropriate safeguards for the data subjects». If treaties previously concluded by the EU that imply the transfer of personal data have not to be amended in the light of the GDPR, it means that they still govern the transfer of personal data in the lack of an adequacy decision.

6. *Conclusion*

The EURAs are provided with a data protection clause through which the EU transfers personal data to countries of origin and transit. As such, this clause does not provide for “appropriate safeguards” in terms of Article 46 GDPR. The GDPR does not require that the instrument with which data are transferred has these characteristics, yet it imposes to the controller or processor to assess the availability of «enforceable data subject rights and effective legal remedies». A systemic interpretation of existing PIL instruments may lead to affirm that these guarantees are otherwise ensured – e.g., the Convention 108+ will introduce a follow-up mechanism to ensure its correct implementation (see its Article 4). Anyway, the burden of proof on the controller or processor may be excessive and unsuccessful to ensure the respect of migrants’ right to the protection of personal data.

EFFICACIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NELLE ZONE DI FRONTIERA:
LA CORTE EDU RITORNA SUI RESPINGIMENTI SOMMARI
NEL CASO *D.A. E ALTRI C. POLONIA*

Eleonora Frasca*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa. – 3. La sentenza della Corte. – 4. Commento. – 4.1. Scarsa effettività del diritto europeo nelle zone di frontiera. – 4.2. L'assenza di meccanismi di monitoraggio dei diritti fondamentali alla frontiera. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

L'8 luglio 2021, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti: Corte EDU) ha deciso sul caso *D.A. e altri contro Polonia* che riguarda ripetuti respingimenti di tre cittadini siriani che si sono verificati nell'estate del 2017 al posto di frontiera di Terespol, al confine terrestre tra Polonia e Bielorussia¹. Ai tre ricorrenti, che si trovavano sotto il controllo effettivo degli ufficiali di frontiera polacchi, è stato impedito di accedere alla procedura di asilo e a quella che avrebbe potuto impedire la loro espulsione, nonostante la stessa Corte avesse disposto misure provvisorie ai sensi dell'art. 39 del regolamento di procedura della Corte.² Con le misure la Corte indicava al Governo polacco che i tre richiedenti non dovevano essere allontanati (obbligo negativo) e che le loro richieste di asilo dovevano essere registrate (obbligo positivo).

La Corte è così tornata a esprimersi sulla prassi dei respingimenti somari posta in essere dalle autorità polacche e volta a ridurre il numero di domande di asilo registrate in Polonia, che era stata condannata un anno prima, per fatti di causa simili, nel caso *M.K. e altri c. Polonia*.³ Un nuovo

* Dottoranda in diritto dell'Unione europea, Université catholique de Louvain (Belgio).

¹ Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2021, *D.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 51246/17.

² Si veda il documento informativo intitolato: "Requests for interim measures", Corte EDU, disponibile all'indirizzo: https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf.

³ Corte EDU, sentenza del 23 ottobre 2020, *M.K. e altri c. Polonia*, ricorsi n. 40503/17,

contributo si aggiunge alla “progressiva configurazione” del divieto di espulsioni collettive di stranieri.⁴ Se sul piano delle violazioni di diritti fondamentali la decisione della Corte in *D.A. e altri c. Polonia* è mutuata da quella in *M.K. e altri* e non presenta quindi elementi significativi di novità, essa offre occasione per riflettere sulla scarsa effettività del diritto europeo nelle zone di frontiera nonché sull’assenza di meccanismi di monitoraggio efficaci volti a prevenire le violazioni di diritti fondamentali delle persone migranti. È su questi ultimi punti che si concentreranno le osservazioni di commento.

2. *Fatti di causa*

I tre ricorrenti sono cittadini siriani residenti in Bielorussia rispettivamente dal 2013 (i primi due) e dal 2015 (la terza). In tre occasioni, tra il 14 e il 18 luglio 2017, i tre si sono recati al posto di frontiera di Terespol con l’intenzione di presentare domanda di protezione internazionale in Polonia, viste le difficoltà di presentarla in Bielorussia.⁵ I primi due ricorrenti avevano ricevuto la chiamata alla leva obbligatoria dall’esercito siriano (la cui renitenza è punita con la reclusione) e appartengono al gruppo etno-religioso dei Drusi, una minoranza tra le più perseguitate in Siria. Tutti e tre hanno manifestato alle autorità polacche il timore di essere rimpatriati poiché i loro visti per la Bielorussia erano scaduti e correvano il rischio di essere deportati dapprima in Russia e poi in Siria, entrambi paesi non sicuri.

Secondo gli agenti di frontiera polacchi, in nessun momento i ricorrenti avevano manifestato il timore di essere perseguitati né la volontà di presentare domanda d’asilo. Nei registri ufficiali in cui sono stati riportati i colloqui tra la guardia di frontiera polacca e i ricorrenti è stato annotato che i tre sono neo-laureati con una promettente carriera in ambito cinematografico e che si

42902/17 e 43643/1. Si vedano i seguenti commenti a sentenza: U. BRANDL, *A human right to seek refuge at Europe’s external borders: The ECtHR adjusts its case law in M.K. vs Poland*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 11 settembre 2020; F.L. GATTA, *Systematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland*, in *Strasbourg Observer*, 7 ottobre 2020.

⁴ V. FAGGIANI, *Da N.D. e N.T. a M.K. e altri: la progressiva configurazione del divieto di “espulsione collettiva” e delle sue eccezioni nei contesti di violazione sistemica*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, novembre 2020.

⁵ Si veda, per esempio, HUMAN RIGHTS WATCH, *Rapporto annuale sulla situazione dei diritti umani in Bielorussia*, 2017.

erano recati al posto di frontiera per fare ingresso nell'Unione europea per ragioni economiche e professionali, ma anche per visitare i membri della loro famiglia nel Regno Unito. Secondo il Governo polacco, essendo sprovvisti dei documenti necessari per fare ingresso in Polonia sulla base di tali motivi, i tre furono allontanati dal posto di frontiera e rinviati in Bielorussia.⁶

Il 20 luglio 2017, poiché le loro richieste di protezione internazionale erano state ignorate e le loro dichiarazioni travisate, l'avvocato che li rappresentava ha chiesto e ottenuto dalla Corte EDU le misure provvisorie *ex art. 39* reg. della Corte per impedire che venissero allontanati nuovamente e che le loro richieste di asilo fossero quindi ascoltate, registrate e inoltrate alle autorità competenti per l'asilo. Quello stesso giorno, i ricorrenti furono respinti nuovamente in Bielorussia. Il giorno successivo, si ripresentarono al posto di frontiera con una copia della decisione in cui la Corte EDU accordava loro le misure *ad interim*, ma furono respinti ancora una volta.⁷

I ricorrenti ricorsero dapprima alla Corte regionale di Varsavia e poi alla Corte suprema amministrativa polacca per ottenere l'annullamento delle decisioni di diniego dell'ingresso nel territorio polacco, adottate dalla guardia di frontiera il 20 e il 21 luglio 2017 e non conformi alla garanzia delle misure provvisorie stabilita dalla Corte. Poiché la presentazione del ricorso non aveva effetti sospensivi, la decisione di respingerli era già stata eseguita ed entrambe le Corti rigettarono l'impugnazione delle decisioni. Nella motivazione, la Corte di Varsavia ha però precisato che il solo fatto di avere ottenuto delle misure provvisorie avrebbe imposto una valutazione più approfondita delle circostanze personali dei ricorrenti e che le modalità con cui il colloquio era stato svolto e quelle con cui ne era stato registrato l'accadimento erano problematiche.⁸

3. *La sentenza della Corte*

La Corte ha dichiarato violazione dell'articolo 3 (*divieto di tortura e di*

⁶ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), *GU*, L 77, p. 1-52.

⁷ Per un approfondimento sul funzionamento delle misure provvisorie, si veda M. AVER-SANO, *Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte*, in *Questione giustizia, Speciale: La Corte di Strasburgo*, aprile 2019.

⁸ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, § 23-27.

trattamenti inumani e degradanti) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti CEDU) per il diniego di accesso alla procedura d'asilo e per il rischio di *refoulement* a catena dei ricorrenti dalla Bielorussia alla Russia e dalla Russia alla Siria, dell'art. 4 protocollo n. 4 CEDU (*divieto di espulsioni collettive degli stranieri*) per mancanza di una valutazione sufficientemente individualizzata delle circostanze personali dei ricorrenti e dell'art. 13 CEDU (*diritto ad un ricorso effettivo*) in combinato disposto con gli articoli appena citati per l'assenza di un ricorso con effetto sospensivo automatico in grado di prevenire la loro espulsione.

3.1. *Violazione dell'art. 3 CEDU*

La Corte ha esplicitato che le circostanze del caso s'inscrivono nel contesto già approfondito nella sentenza *M. K. e altri* che ha portato alla condanna della Polonia per la prassi generalizzata di travisamento delle dichiarazioni rese dai richiedenti asilo nelle note ufficiali redatte dagli agenti di frontiera al confine tra Polonia e Bielorussia.⁹ Infatti, il giudice di Strasburgo non ha ritenuto credibile l'affermazione degli agenti di Governo secondo cui i richiedenti non avevano espresso la volontà di presentare domanda di protezione internazionale né avevano esibito alla guardia di frontiera polacca i documenti che poi presentarono alla Corte per ottenere le misure provvisorie (come, ad esempio, la chiamata alla leva).¹⁰

La Corte ha anche respinto le argomentazioni relative all'interpretazione del Codice frontiere Schengen avanzate dal Governo polacco, ovvero che il diniego di ingresso nel territorio polacco dipendesse da un'ottemperanza agli obblighi giuridici derivanti dall'appartenenza della Polonia all'Unione europea poiché i ricorrenti non erano in possesso dei documenti che li avrebbero autorizzati ad attraversare la frontiera né erano stati legalmente ammessi nel territorio polacco per altri motivi.¹¹ La Corte ha indicato che la natura assoluta della protezione contro il *refoulement*, così come garantita dalla Convenzione di Ginevra e recepita nelle disposizioni di diritto dell'Unione europea – tra cui lo stesso Codice frontiere Schengen e la direttiva 2013/32/UE –, impone agli Stati membri di applicare il principio di non *refoulement* alle persone sottoposte a controlli di frontiera anche *prima* dell'ingresso nel territorio di uno degli Stati membri.

⁹ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, § 60.

¹⁰ *Ibidem*, § 62.

¹¹ *Ibidem*, § 66 per analogia con *M.K. e altri c. Polonia*.

Inoltre, i ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 3 CEDU sotto un duplice profilo: il primo – appena riportato – relativo al fatto che è stato negato loro l'accesso alla procedura d'asilo e sono stati esposti al rischio di trattamenti inumani e degradanti e tortura in Siria (punto A § 45-70), il secondo invece è fondato sul presunto trattamento contrario all'art. 3 ricevuto dai ricorrenti da parte delle autorità polacche durante i controlli alla frontiera (punto B, § 71-73). La Corte ha esaminato e dichiarato la violazione solo sotto il primo punto A), mentre l'eventuale violazione del punto B) – a cui non è dedicato alcun esame – viene in qualche modo “assorbita” dalla prima.

L'argomento utilizzato della Corte è però debole: avendo la Corte dichiarato che il mancato accesso dei ricorrenti alla procedura di asilo costituisce violazione dell'art. 3 CEDU, poco importa esaminare se vi sia stata una violazione dello stesso per quanto riguarda il *modo* in cui i ricorrenti sono stati trattati durante le verifiche di frontiera.¹² A prescindere dall'esito del controllo (cioè dal respingimento), il trattamento ricevuto dai ricorrenti avrebbe dovuto fare oggetto di un esame *separato* della Corte proprio perché i trattamenti degradanti, le condotte illecite e l'uso sproporzionato della forza da parte degli agenti di frontiera potrebbero costituire violazioni di diritti fondamentali di per sé.¹³

3.2. *Violazione dell'art. 4 protocollo 4 CEDU*

Per quanto riguarda il ripetuto allontanamento dei ricorrenti dal posto di frontiera senza una valutazione adeguatamente individualizzata delle loro circostanze personali, la Corte ha osservato che la prassi delle autorità di frontiera di ignorare e travisare le dichiarazioni dei ricorrenti era diffusa e costituiva – come stabilito anche nel caso *M.K. e altri c. Polonia* – una violazione del divieto di espulsione collettiva di stranieri ai sensi art. 4 protocollo 4 CEDU. Anche se gli ufficiali di frontiera avevano adottato delle decisioni individuali nei confronti di ciascun ricorrente, la valutazione delle ragioni addotte dai tre cittadini siriani per giustificare il timore di persecuzione non erano state adeguatamente esaminate né individualmente prese in considerazione.¹⁴

¹² Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, § 73; *M.K. e altri c. Polonia*, § 187.

¹³ Sul punto si veda M. ŁYSIENIA, *Access to effective remedies for foreigners affected by decisions, actions, and inactions of the Polish Border Guard*, in *Fundamental rights challenges in border controls and expulsion of irregular immigrants in the European Union*, 2020, Routledge, pp. 90-110.

¹⁴ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, § 82, per analogia con sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

3.3. *Violazione dell'art. 13 CEDU in combinato disposto con gli artt. 3 CEDU e 4 protocollo 4 CEDU*

Sulla lamentata assenza di un ricorso effettivo in grado di sospendere l'esecuzione del rimpatrio dei ricorrenti in Bielorussia – dove avrebbero corso il rischio di un respingimento a catena e, di conseguenza, di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU – la Corte indica che i ricorrenti dovevano essere considerati come richiedenti asilo, che le loro affermazioni sono state ignorate dalle autorità responsabili del controllo alla frontiera e che la loro situazione personale non era stata presa adeguatamente in considerazione.¹⁵ La Corte ha altresì riscontrato violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 e l'art. 4 del protocollo n. 4 CEDU e che il Governo polacco non aveva adempiuto ai suoi obblighi ai sensi dell'art. 34 CEDU per il mancato rispetto delle misure provvisorie indicate dalla Corte.

4. *Commento*

Nel suo rapporto del 12 maggio 2021, lo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite per i diritti umani dei migranti, Felipe González Morales, ha condannato le diverse modalità di respingimento poste in essere dagli Stati per venir meno ai loro obblighi internazionali di tutela dei diritti umani delle persone migranti nelle zone di frontiera.¹⁶ In assenza di una definizione di queste pratiche (in inglese: *pushback*) riconosciuta a livello internazionale, il *Rapporteur* ne ha proposta una che dà conto della vastità, varietà e diffusione delle stesse. Respingimenti sono infatti:

“[L]e varie misure poste in essere dagli Stati, alle volte con la partecipazione di paesi terzi o di attori non statali, che hanno come conseguenza che le persone migranti, inclusi i richiedenti asilo, siano sommariamente costretti a ritornare, nel paese o nel territorio o nelle zone marittime, che siano acque territoriali o internazionali, da cui hanno tentato di attraversare o effettivamente attraversato una frontiera internazionale, senza che siano valutate le loro esigenze individuali di protezione dei diritti umani”.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, § 89.

¹⁶ Special Rapporteur delle Nazioni Unite per i diritti umani dei migranti, F. GONZÁLEZ MORALES, *Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea*, 12 maggio 2021, A/HRC/47/30.

¹⁷ *Ibidem*, § 34, traduzione propria.

La nozione di “respingimento” è più ampia di quella di espulsione arbitraria o collettiva, che invece rappresentano concetti giuridici cristallizzati nel diritto internazionale, anche se dall’interpretazione non sempre chiara.¹⁸ Il respingimento ha per effetto proprio la *negazione* della tutela, come il mancato accesso alla protezione internazionale e alle garanzie procedurali, indipendentemente dall’avvenuto ingresso nel territorio di uno Stato dalla zona di frontiera.

La prassi a oggetto del caso *D.A. c. Polonia* è stata inclusa nel rapporto come esempio di una pratica ricorrente di rimpatrio (*la misura*) posta in essere dalla Guardia di frontiera polacca (*l'autorità pubblica di uno stato*) che equivale a un'espulsione collettiva di cittadini stranieri, “le cui ripetute domande alla frontiera non sono state oggetto di un esame adeguato” e che sono stati “respinti senza un'adeguata valutazione del *refoulement* sostanziale a catena”.¹⁹

Sebbene i fatti di causa – avvenuti al posto di frontiera di Terespol e ampiamente documentati – abbiano dato occasione alla Corte EDU di condannare una seconda volta la Polonia, essi mettono in luce la scarsa effettività del diritto europeo nelle zone di frontiera nonché l’assenza di meccanismi di monitoraggio efficaci volti a prevenire le violazioni di diritti fondamentali.

4.1. *Scarsa effettività del diritto europeo nelle zone di frontiera*

Il caso *D.A. e altri c. Polonia* dimostra come, nelle zone di frontiera, i respingimenti alle frontiere esterne sono una pratica persistente e sempre più diffusa, il cui carattere sistematico rivela un clima di impunità: le autorità nazionali responsabili dei controlli alla frontiera si macchiano di comportamenti scorretti e illeciti che si traducono infatti in violazioni di diritti fondamentali. Questi episodi non sono isolati e dimostrano l’esistenza di una profonda distanza tra la *realtà* nelle zone di frontiera e il diritto, come delineato nel sistema valoriale dell’Unione europea dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali, nonché negli strumenti del Sistema europeo comune d’asilo.²⁰

Benché la Commissione, in quanto “guardiana dei trattati”, sia responsabile dell’attuazione, del recepimento, della corretta applicazione e del rispet-

¹⁸ Si veda, ad esempio, V. FAGGIANI, *Op. cit.*

¹⁹ Rapporto citato, § 61, traduzione propria.

²⁰ In argomento: I. GOLDNER LANG e B. NAGY, *External Border Control Techniques in the EU as a Challenge to the Principle of Non-Refoulement*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 17, N. 3, settembre 2021, pp. 442-470.

to del diritto europeo da parte degli Stati membri, essa è sprovvista di poteri che le permettano di indagare (*law enforcement*), in modo concreto ed efficace, le violazioni di diritti fondamentali nelle zone di frontiera.²¹ Sono le autorità nazionali a essere responsabili, in ultima istanza, dell'applicazione del diritto europeo. Tuttavia, troppo spesso la Commissione si accontenta delle giustificazioni e delle smentite dei Governi in merito alle segnalazioni di violazioni di diritti fondamentali avvenute alla frontiera.

Proprio con riferimento ai respingimenti dei ricorrenti nel caso *D.A. e altri c. Polonia* qui esaminato, sia Amnesty International che Human Rights Watch che la Fondazione Helsinki per i diritti umani avevano segnalato pubblicamente alla Commissione, a più riprese, non solo la politica di respingimento messa in atto dalla Polonia, ma anche che le misure provvisorie erogate dalla Corte EDU ai ricorrenti erano state ignorate. In un comunicato congiunto delle tre organizzazioni si legge che:

«La Commissione europea dovrebbe intraprendere un'azione coercitiva (*enforcement action*) per affrontare i rimpatri sommari di richiedenti asilo in Bielorussia da parte della Polonia. (...) È tempo che la Commissione europea intervenga e affronti le gravi violazioni del diritto europeo dell'asilo.»²²

Il principale strumento a disposizione della Commissione è la procedura d'infrazione che, in questo ambito, essa ha utilizzato – per il momento – unicamente contro l'Ungheria per le violazioni di norme di diritto europeo commesse nelle zone di transito di Röszke e Tompa. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha così potuto constatare, anche alla luce dei diritti fondamentali delle persone migranti, svariate violazioni di obblighi incombenti sull'Ungheria in forza delle disposizioni di diritto europeo dell'asilo.²³

Gli obblighi procedurali e le garanzie nei confronti dei cittadini stranieri che raggiungono, o tentano di raggiungere, le zone di frontiera dell'Unione europea sono disattesi quando le verifiche sono condotte in modo opaco e risultano nell'espulsione o nel respingimento sommario del cittadino straniero. Nel caso *D.A. e altri contro Polonia*, seppur formalmente il colloquio tra gli agenti di frontiera e i ricorrenti sia stato svolto in una lingua da essi compresa e il contenuto dello stesso sia stato raccolto in una nota ufficiale,

²¹ Sul tema, ampiamente: R. LANNEAU, *The Commission's proposal for a new Independent Monitoring Mechanism at the external border of the EU: a necessary but limited mechanism*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 22 febbraio 2021.

²² Rapporto citato, traduzione propria.

²³ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, causa C- 808/18, EU:C:2020:1029.

l'assenza del rappresentante legale dei ricorrenti e di osservatori terzi ha reso inefficaci gli obblighi procedurali rendendo impossibile la formalizzazione delle esigenze di protezione dei ricorrenti e così il loro accesso alla procedura d'asilo.²⁴

4.2. *L'assenza di meccanismi di monitoraggio dei diritti fondamentali alla frontiera*

Come testimoniato dal caso di *D.A. e altri c. Polonia*, ma anche da quello “gemello” di *M.K. e altri* più volte citato, la versione dei ricorrenti relativamente alle violazioni dei diritti convenzionali era corroborata da diversi rapporti di organi indipendenti riguardanti la situazione al confine tra Polonia e Bielorussia.²⁵ La Corte ricorda che i ricorrenti si sono basati sulla relazione dell'Ombudsman polacco, che, a seguito di una visita al posto di frontiera di Terespol, aveva indicato che i colloqui effettuati dagli agenti della guardia di frontiera non erano stati finalizzati ad acclarare la situazione individuale dei richiedenti asilo, ma a dimostrare che i motivi per cui i cittadini stranieri tentavano di fare ingresso nel territorio polacco erano principalmente di natura economica o relativi alla presenza di loro familiari nell'Unione. Nella sentenza commentata, si legge inoltre che avvocati, rappresentanti legali o membri di organizzazioni internazionali che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti non erano autorizzati a osservare o partecipare ai colloqui svolti con gli ufficiali polacchi, incluso il personale di UNHCR al quale era stato negato l'accesso al posto di frontiera di Terespol, nonostante la direttiva procedure imponga agli Stati di assicurare tale accesso.²⁶

I fatti di causa mettono in luce come un monitoraggio del rispetto dei diritti umani nelle zone di frontiera è più che mai necessario e che, anche ove presente in forme volontarie e limitate, non è comunque in grado di prevenire le violazioni. Con il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre 2020, la Commissione si è dimostrata consapevole di tale carenza, in particolare con la proposta che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne.²⁷ Al suo art. 7, la proposta prevede

²⁴ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, § 77.

²⁵ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, §§ 74-75; *M.K. e altri c. Polonia*, §§ 98-105.

²⁶ Ai sensi degli articoli 8 § 2 e 29 della direttiva (UE) 2013/32 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, *GU*, L 180, p. 60-95.

²⁷ Per approfondire, si veda qui l'analisi di L. MARIN, *The 2020 proposals for pre-entry*

l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio sulla tutela dei diritti fondamentali al fine di indagare sui presunti casi di violazione dei diritti fondamentali in relazione agli accertamenti. Le principali perplessità del meccanismo riguardano proprio il fatto che il monitoraggio obbligatorio *si limiti* alla procedura di accertamento, non coprendo le più vaste attività svolte nelle zone di frontiera e risultando così insufficiente a proteggere le persone migranti dall'arbitrarietà e dal mancato accesso alla procedura d'asilo.²⁸

Sebbene il meccanismo proposto dalla Commissione rappresenti un avanzamento nella tutela dei diritti fondamentali nelle zone di frontiera, agli Stati membri è lasciata ampia discrezionalità nella sua istituzione e non è raccomandata né incoraggiata la cooperazione con le Istituzioni Nazionali per i diritti umani²⁹. Inoltre, l'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA) potrà essere coinvolta solo su richiesta degli Stati membri. Nei limiti del suo mandato, la FRA ha più volte segnalato le violazioni di diritti fondamentali ai confini terrestri.³⁰

5. Conclusione

Questo breve commento del caso *D.A. e altri c. Polonia* ha evidenziato il profondo divario tra le norme di diritto europeo (anche costituzionali) e le pratiche di respingimento messe in atto dagli Stati membri nelle zone di frontiera e così i numerosi problemi di attuazione del diritto europeo di cui la Commissione dovrà, prima o poi, farsi carico.

Mentre il Ministro della difesa polacco ha recentemente annunciato che

screening and amended border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) Europe?, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, novembre 2020 e quella di L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 27 ottobre 2020.

²⁸ In questo senso, T. STRIK, Membro del Parlamento europeo, *Pushbacks in the EU: How to end impunity?*, European Policy Centre, 16 dicembre 2020.

²⁹ Si veda, a tal proposito, EUROPEAN NETWORK OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS (ENNHRI), *Opinion on independent human rights monitoring mechanisms at borders under the EU Pact on Migration and Asylum*, 10 marzo 2021. Si ricorda, con rammarico, che l'Italia è sprovvista di una simile Istituzione. Per approfondire si veda anche: FRA, *Istituzioni nazionali per i diritti umani forti ed efficaci: sfide, pratiche promettenti e opportunità*. © AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, 2021.

³⁰ Si veda, ad esempio, AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI (FRA), *Migration: Fundamental rights issues at land borders*, 2020.

sarà costruita una nuova barriera per fermare i migranti tra Polonia e Bielorussia, diventa più che mai impellente l'instaurazione di un meccanismo di monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali nelle zone di frontiera che potrebbe assicurare un controllo diffuso ed efficace dell'applicazione del diritto. Contrariamente a quanto subito dai ricorrenti, un tale meccanismo – che sia di fatto e di diritto indipendente e autonomo – permetterebbe che la presentazione della domanda d'asilo alla frontiera a seguito di un ingresso non autorizzato sia corredata dalle garanzie sufficienti.

SENSO DI UMANITÀ E DIRITTO (INTERNAZIONALE)
IN UNA RECENTE SENTENZA INDIANA SUL “DIRITTO”
AL *NON-REFOULEMENT*

Amina Maneggia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa e decisione. – 3. Migranti o rifugiati? – 4. Il *non-refoulement* come “diritto”. – 5. Senso di umanità e diritto applicabile. – 6. Il ruolo “umanizzante” del diritto internazionale. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con sentenza del 3 agosto 2021 l’Alta Corte del Manipur ha dichiarato per la prima volta il principio di *non-refoulement* di rifugiati e richiedenti asilo vigente nell’ordinamento indiano, come aspetto del diritto alla vita e alla libertà personale sancito dall’art. 21 della Costituzione, interpretato alla luce di strumenti internazionali accettati dall’India, tra cui il *Global Compact on Refugees*¹. Nel pronunciarsi in tal senso, la Corte è dichiaratamente mossa dall’imperativo di evitare le conseguenze ritenute «palpably inhuman» dell’applicazione della legislazione sugli stranieri a dei cittadini birmani illegalmente entrati in India dal Myanmar per sfuggire ad un chiaro rischio di persecuzione. Il commento sviluppa alcune considerazioni sul ricorso al senso di umanità come guida per il giudice nella rilevazione e interpretazione del diritto applicabile, e sul ruolo del diritto internazionale a tal fine.

2. *Fatti di causa e decisione*

La sentenza in commento trae origine dalla vicenda di sette cittadini birmani, entrati illegalmente dal Myanmar nel confinante Stato indiano del Manipur per sfuggire alla repressione del regime militare instauratosi in Birmania nel febbraio 2021. I ricorrenti erano infatti collegati all’organizzazione multimediale *Mizzima*, messa fuorilegge dalla giunta golpista. Temendo di

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli Studi di Perugia.

¹ Alta Corte di Manipur in Imphal, sentenza del 3 maggio 2021, *Nandila Haksar v. State of Manipur et al.*, WP(CrL.) No. 6 of 2021 (d’ora in poi “*Haksar v. State of Manipur*”).

essere rimpatriati dalle autorità indiane, in considerazione delle direttive impartite dal Governo centrale agli Stati nord-orientali di controllare il flusso di migranti illegali provenienti dal Myanmar, i ricorrenti si erano rivolti tramite un'avvocata dei diritti umani all'Alta Corte del Manipur per ottenere giudizialmente il permesso di raggiungere in sicurezza l'ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) a Delhi per presentare domanda di riconoscimento dello status di rifugiato.

È opportuno precisare subito che l'India non è parte della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951 né del Protocollo di New York del 1967, e non ha una legislazione di protezione dei rifugiati, ai quali si applicano in principio le leggi sugli stranieri in genere. Tuttavia, a livello di *policy* l'India offre asilo ad un grande numero di rifugiati e rispetta il riconoscimento dello status di rifugiato operato dall'UNHCR².

Subito dopo aver ammesso l'irregolarità dell'arrivo dei ricorrenti in India, la Corte sostiene che la questione sia «whether they can be categorized as “migrants”» o non piuttosto come “refugees”, e osserva che la categoria di appartenenza dei ricorrenti è «clearly demonstrable from the conditions that compelled them to flee Myanmar and illegally enter India»³. Considera quindi, da un lato, che l'India, pur non essendo firmataria della Convenzione di Ginevra del 1951, è “parte” di strumenti internazionali rilevanti quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui art. 14 sancisce il diritto di cercare e godere asilo da persecuzione; il Patto internazionale sui diritti civili e politici, che conferisce «diritti inalienabili a tutti i membri della famiglia umana»; e il *Global Compact on Refugees* adottato dall'Assemblea Generale nel 2018⁴ con il voto favorevole dell'India⁵ – che ha così manifestato di voler partecipare alla condivisione delle responsabilità nella protezione dei rifugiati; dall'altro, che malgrado la politica indiana sui rifugiati «remains rather opaque, if not obscure», e i richiedenti asilo «are straightaway branded as “foreigners”, if not worse»⁶, i tribunali indiani, inclusa la Corte Suprema, hanno più volte esteso a stranieri e rifugiati la protezione di alcuni diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione indiana, in particolare l'art. 21 sul diritto alla protezione della vita e della libertà personale⁷. Ed è nel contesto di

² UNHCR, *A Pocket Guide to Refugee*, New Dehli, May 2008, pp. 61-71.

³ *Haksar v. State of Manipur*, § 6.

⁴ Risoluzione dell'Assemblea Generale n. 73/151 del 17 dicembre 2018, A/RES/73/151.

⁵ *Haksar v. State of Manipur*, § 7.

⁶ *Ibidem*, § 8.

⁷ L'art. 21 della Cost. dell'India recita: «Protection of life and personal liberty. No person

tale articolo che il principio di *non-refoulement* «assumes great significance». L'Alta Corte si spinge ad affermare che le numerose tutele offerte dall'art. 21 Cost. «would inevitably encompass *the right of non-refoulement*»⁸. Precisa quindi che sono gli obblighi internazionali dell'India, interpretati insieme («read with») all'art. 21 Cost., ad imporle di rispettare «*the right of an asylum seeker to seek protection from persecution and life or liberty-threatening danger elsewhere*»⁹. Dichiarando di non avere dubbi, in base alle notizie disponibili, che i ricorrenti sarebbero a rischio per la loro vita e libertà in caso di rimpatrio, e osservando che non potevano in alcun modo considerarsi una minaccia per la sicurezza dell'India¹⁰, la Corte conclude di ritenere «just and proper» estendere ad essi la protezione dell'art. 21 Cost. e accordare loro il passaggio in sicurezza a New Delhi per usufruire della protezione dell'UNHCR¹¹.

Per contro, il Governo centrale e il Governo dello Stato di Manipur, convenuti in giudizio, ritenevano applicabile ai cittadini birmani la legislazione sugli stranieri, della cui violazione avrebbero dovuto subire le conseguenze senza poter ottenere la protezione dalla Corte¹². Significativamente, i giudici hanno bollato tali argomenti come fondati «on a rather narrow and parochial consideration of the larger issues that arise in this case», rimarcando che i ricorrenti non erano “migranti” ma “richiedenti asilo”, in quanto entrati in India non con l'intenzione deliberata di violare la legge ma «under imminent threat to their lives and liberty». In tale contesto, secondo la Corte, «insisting that they first answer for admitted violations of our domestic laws, as a condition precedent for seeking “refugee” status, would be *palpably inhuman*»¹³.

3. *Migranti o rifugiati?*

Come si è visto, la Corte ha impostato la questione in termini di qualifi-

shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law». *The Constitution of India* [As on 26th November, 2021], in <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI...pdf>.

⁸ *Haksar v. State of Manipur*, § 9.

⁹ *Ibidem*, § 10.

¹⁰ *Ibidem*, § 14.

¹¹ *Ibidem*, § 19.

¹² *Ibidem*, § 11.

¹³ *Ibidem*, § 12.

cazione dei ricorrenti come migranti o rifugiati, notando che tali termini sono utilizzati, il primo, per indicare una persona «who moves from one place to another, especially in order to find work or better living conditions», il secondo «a person who is forced to leave his/her country in order to escape war, persecution or natural disaster»¹⁴. In tal modo la sentenza si inserisce nel dibattito, che da alcuni anni coinvolge i *media*¹⁵, le organizzazioni umanitarie, incluso l'UNHCR¹⁶, e la dottrina¹⁷, circa l'opportunità di tale distinzione. In sintesi, chi ne sottolinea i limiti intende di solito promuovere un discorso pubblico meno ostile alle migrazioni e un rafforzamento dei diritti di tutti i migranti, e in prospettiva l'evoluzione verso un regime internazionale di libertà di movimento. Ci limitiamo a constatare che la sentenza in commento depone decisamente a favore dell'utilità e rilevanza della distinzione, come si comprende se il fine è quello di far valere sul piano giuridico le peculiari esigenze di protezione di chi migra per trovare scampo da gravi rischi, in contesti politico-giuridici statali caratterizzati dalla volontà di contenere l'immigrazione piuttosto che di favorirla, e nel quadro di un sistema globale fondato sulla ripartizione della giurisdizione tra Stati piuttosto che su un (improbabile e forse indesiderabile) ordine cosmopolitico.

Non si può inoltre non evidenziare l'inclusione nella definizione di “rifugiato” di quanti fuggono da *disastri naturali*, non si sa se deliberata o inconsapevole, ma probabilmente ispirata dalle considerazioni “umanitarie” che sottendono all'intera pronuncia, come si dirà tra breve.

4. *Il non-refoulement come “diritto”*

Dal punto di vista della portata del principio di *non-refoulement* a rischio di persecuzione, la sentenza, oltre ad evidenziare in modo particolare la stretta connessione tra *non-refoulement* e garanzia dell'accesso alla procedura di asilo – in ragione della peculiarità del contesto indiano e del tipo di prote-

¹⁴ *Ibidem*, § 6.

¹⁵ Si veda B. MALONE, *Why Al Jazeera will not say Mediterranean 'migrants'*, 20 August 2015, in <https://www.aljazeera.com/features/2015/8/20/why-al-jazeera-will-not-say-mediterranean-migrants>.

¹⁶ UNHCR, *UNHCR viewpoint: 'Refugee' or 'migrant' – Which is right?*, 11 July 2016, in <https://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html>.

¹⁷ Si veda per tutti I. ATAK, F. CRÉPEAU, *Refugees as Migrants*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, pp. 134-151.

zione cercata dai ricorrenti – si distingue soprattutto nel definire il *non-refoulement* in termini di *diritto individuale* piuttosto che di obbligo o divieto degli Stati, affermandone peraltro la (almeno parziale) coincidenza con il *diritto di cercare asilo*. La Corte definisce infatti il *non-refoulement*, servendosi del *Merriam-Webster Dictionary*¹⁸, come «a principle of international law that provides a refugee or asylum seeker with the *right to freedom from expulsion* from a territory in which he or she seeks refuge or from forcible return to a country or a territory where he or she faces a threat to life or freedom because of race, religion, nationality, membership in a social group, or political opinion»¹⁹. Sebbene tale approccio serva alla Corte per “attivare” il *non-refoulement* nell’ordinamento indiano, ancorandolo ai diritti costituzionalmente garantiti, la definizione adottata riguarda il *non-refoulement* come principio “di diritto internazionale”, ed assume quindi rilievo come *opinio juris* statale riguardante il contenuto di una norma internazionale.

Se il *non-refoulement* è notoriamente riconosciuto come un obbligo derivante da talune norme sui diritti umani, in particolare il divieto di tortura e di gravi violazioni del diritto alla vita, la pronuncia in commento si caratterizza per il fatto di riferirsi specificamente al *non-refoulement* di *richiedenti asilo/rifugiati a rischio di persecuzione*, definito come aspetto del diritto umano alla vita e alla libertà personale costituzionalmente e internazionalmente riconosciuto. In tal modo, la sentenza promuove il radicamento della protezione internazionale dei rifugiati nella tutela dei diritti umani e la progressiva convergenza tra i due settori. In particolare, tale processo può promuovere la “deghettizzazione” del *non-refoulement* nel diritto internazionale dei diritti umani, nel cui ambito, come è stato rilevato, il principio è inteso solo negativamente in termini di divieto di allontanamento, anziché nella sua piena valenza di protezione²⁰.

5. *Senso di umanità e diritto applicabile*

Veniamo ora all’aspetto della sentenza a nostro avviso più interessante, ovvero il ricorso da parte dei giudici al *senso di umanità* nella rilevazione e

¹⁸ Si veda in <https://www.merriam-webster.com/dictionary/non-refoulement>.

¹⁹ *Haksar v. State of Manipur*, § 9.

²⁰ V. CHETAIL, *Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, pp. 202-220, p. 219.

interpretazione del diritto applicabile e al diritto internazionale nell'“umanizzazione” del diritto statale. Muoviamo dalla considerazione che, in assenza di un quadro normativo di protezione dei rifugiati, la Corte avrebbe potuto limitarsi ad applicare ai cittadini birmani le leggi vigenti per tutti gli stranieri, qualificandoli come “irregolari” e negando loro ogni diritto alla protezione. Come si è visto, i giudici hanno rigettato tale approccio ritenendolo fondato su una visione «ristretta e provinciale», incapace di cogliere «le questioni più generali sollevate dal caso», ovvero il contesto di grave pericolo all'origine dell'ingresso illegale degli individui e il loro bisogno di protezione. È tale sguardo più ampio che permette alla Corte di percepire il carattere «*palpably inhuman*» delle conseguenze cui l'applicazione della legge, e dunque la mera valutazione della condotta dei ricorrenti come “illecita” secondo il motto *dura lex, sed lex*, avrebbe condotto.

Il messaggio dei giudici è il rifiuto di un uso *cieco* del diritto a prima vista applicabile, che non si chiede se le categorie che esso utilizza riflettano la reale condizione dei destinatari, tanto da condurre a risultati abnormi plausibilmente in contrasto con le finalità pur restrittive e regolatorie della legge stessa. Dunque, secondo i giudici dell'Alta Corte, nel ricercare e ricostruire il diritto applicabile il giudice *può* (se non *deve*) farsi guidare *anche* da un senso di *giustizia e umanità* così da evitare decisioni implicanti il totale disdegno della situazione di effettivo bisogno o vulnerabilità delle persone che ne sono oggetto.

Può questo approccio criticarsi come “antigiuridico” o basato su un'inaccettabile commistione tra diritto ed etica? A nostro avviso no. È evidente infatti che i giudici dell'Alta Corte hanno ricercato e rintracciato *nell'ordinamento vigente* gli appigli idonei a giustificare sul piano formale la loro ricostruzione delle norme ispirata al senso di umanità, e plausibile alla luce delle *particolarissime circostanze* del caso. Hanno cioè esercitato quel “margine di apprezzamento giudiziale” di cui sempre il giudice dispone nell'interpretazione e applicazione del diritto, ed entro il quale può operare una scelta sulla base del proprio senso interiore di giustizia²¹. Se tale discrezionalità va esercitata *nel rispetto del diritto vigente* e dei criteri di rilevazione e interpretazione delle norme, la considerazione del carattere “palesamente disumano” di misure in principio conformi alla legge può rafforzare e legittimare lo sforzo del giudice di rintracciare nell'ordinamento un diritto applicabile “più giusto”, almeno in situazioni di urgenza e facendo leva sulla sin-

²¹ Sul margine di apprezzamento giudiziale e sul senso interiore di giustizia nell'interpretazione del diritto v. C. FOCARELLI, *Costruttivismo giuridico e giurisdizioni internazionali*, Milano, 2019, pp. 30-42 e 91-92.

golarità del caso – qui il fatto che gli interessati fossero destinati all’ufficio UNHCR nel quadro dell’incoerente politica indiana di protezione dei rifugiati – quali elementi capaci di influire sulla decisione specifica.

6. *Il ruolo “umanizzante” del diritto internazionale*

Pure interessante, nella sentenza in commento, e meritevole di qualche considerazione in chiave teorica, è il fatto che il diritto (interno) applicabile agli stranieri sia “umanizzato” attraverso il diritto internazionale. I giudici dell’Alta Corte, come si è visto, utilizzano infatti nozioni, norme e principi internazionali (richiedenti asilo/rifugiati, norme universali sui diritti umani, *non-refoulement*) per interpretare l’art. 21 Cost. in modo da ricavarne la protezione che sentono richiesta per evitare conseguenze “palesamente disumane”. Non intendiamo qui analizzare e valutare il meccanismo utilizzato dalla Corte per incorporare il diritto internazionale e disinnescare norme interne ad esso contrarie. Ci interessa piuttosto riflettere sul fatto che sia *proprio* il diritto internazionale a soccorrere i giudici nel loro sforzo di interpretare il diritto in base al senso di umanità. Più che un caso, questo ci sembra dipendere da aspetti strutturali del diritto internazionale, nato, almeno in senso moderno, nei secc. XV-XVI per favorire il contatto tra popoli diversi sancendo la libertà di movimento e comunicazione e, in prospettiva giusnaturalista, come insieme di regole rinvenibili presso tutte le comunità umane in quanto riflesso di un comune senso di *umanità*²². Nonostante nell’epoca moderna si sia poi imposta una visione positivista del diritto, la vocazione universalizzante e umanizzante del diritto internazionale non è mai venuta meno, ed è presente come sottofondo in vari istituti e concetti giuridici, tra i quali meritano qui una menzione le “considerazioni elementari di umanità” alle quali la Corte Internazionale di Giustizia ha fatto più volte riferimento, intendendole essenzialmente, almeno in alcune pronunce²³, come rinforzo morale a supporto di una particolare interpretazione del diritto operata dal giudice nell’ambito del suo margine di apprezzamento giudiziale²⁴.

²² Cfr. C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, pp. 26-28.

²³ Ad es. nella sentenza del 9 aprile 1949 nel caso dello *Stretto di Corfù (Albania c. Regno Unito)*, in *ICJ Reports* 1949, p. 22; e nella sentenza del 27 giugno 1986 nel caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, in *ICJ Reports* 1986, pp. 102-104.

²⁴ Si veda C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, pp. 1002-1012.

7. Conclusioni

In definitiva, la sentenza in commento offre uno spunto di riflessione, di potenziale interesse anche per i giudici di altri Stati, circa la possibilità di fare appello al *senso di umanità* nella ricostruzione e interpretazione del diritto, specie in materia di trattamento e protezione dei migranti. Tale facoltà in realtà è esercitata più spesso di quanto non si pensi, anche se non dichiarata, perché insita nel margine di apprezzamento giudiziale, nel cui ambito il giudice *necessariamente* interpreta e applica il diritto in base alla propria concezione di giustizia. L'appello esplicito all'esigenza di evitare conseguenze "palesamente disumane" nell'applicazione del diritto, utilizzato per rafforzare le argomentazioni tecnico-giuridiche adottate, promuove l'idea del diritto come insieme di norme capaci di regolare la convivenza umana a partire dalla comprensione della reale condizione e dei bisogni degli individui e dei gruppi ai quali si rivolge. Il diritto internazionale, ponendosi il problema della convivenza umana universale, è particolarmente utile a soccorre il giudice nell'umanizzazione del diritto interno. L'appello al *senso di umanità*, infine, rappresenta una valida alternativa all'uso di argomentazioni puramente logiche, come l'astratta universalità dei diritti umani e il carattere di *jus cogens* delle norme invocate, poco convincenti nella loro pretesa di corrispondenza al diritto vigente.

IL SOCCORSO IN MARE E IL TRAFFICO DI MIGRANTI

RECENTI SVILUPPI IN MATERIA DI GIURISDIZIONE EXTRATERRITORIALE A MARGINE DELLE DECISIONI DEL COMITATO ONU PER I DIRITTI UMANI, *A.S. E AL. C. MALTA* *E A.S. E AL. C. ITALIA*: QUALE PROSPETTIVA PER LA CORTE DI STRASBURGO?

Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le decisioni del Comitato per i diritti umani e la nozione “funzionale” di giurisdizione. – 3. La Corte di Strasburgo al bivio: verso una frammentazione della giurisprudenza “internazionale” dei diritti umani?

1. *Introduzione*

Nelle due comunicazioni del 27 gennaio 2021, *A.S. e al. c. Malta*¹, e *A.S. e al. c. Italia*², il Comitato ONU per i diritti umani si è confrontato con la responsabilità dello Stato maltese e italiano per la violazione degli obblighi derivanti dal diritto alla vita, in relazione al mancato svolgimento delle operazioni di soccorso in un naufragio avvenuto nel Mediterraneo nel 2013, che ha visto più di 200 migranti perdere la vita in mare³. Il Comitato ha affermato la responsabilità italiana per la violazione degli obblighi positivi di protezione del diritto alla vita ai sensi dell'art. 6 del *Patto sui diritti civili e politici*, mentre il ricorso contro Malta è stato dichiarato inammissibile per il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne.

* Dottoranda in Studi Internazionali, Università degli Studi di Napoli “L'Orientale”.

¹ Comitato Onu dei diritti umani, com. del 27 gennaio 2021, *A.S. e altri c. Malta*, n. 3043/2017.

² Comitato Onu dei diritti umani, com. del 27 gennaio 2021, *A.S. e altri c. Italia*, n. 3042/2017.

³ Sul caso, *inter alia*, M. MILANOVIC, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *EJIL:Talk!*, 16 marzo 2021; F. GARELLI, *Il comitato sui diritti umani si pronuncia in materia di giurisdizione extraterritoriale degli stati durante le operazioni sar in alto mare: una possibile reciproca contaminazione interpretativa con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 201; G. MINERVINI, *Extraterritorial Jurisdiction before the Human Rights Committee: First Considerations on S.A. and Others v. Italy*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, n. 3/2021, p. 588.

In entrambe le decisioni, però, il Comitato ha ritenuto sussistente la giurisdizione sia maltese che italiana, adottando un'interpretazione *funzionale* della nozione ai sensi dell'art. 2 par. 1 del Patto.

Nel presente contributo, non potendo approfondire adeguatamente l'argomento, ci si limita ad offrire alcuni spunti di riflessione sulla portata innovativa della nozione *funzionale* di giurisdizione adottata dal Comitato, e sulle sue possibili ripercussioni sulla giurisprudenza futura della Corte di Strasburgo, la quale sembra invece piuttosto incline a preservare un approccio restrittivo sulla questione.

2. *Le decisioni del Comitato per i diritti umani e la nozione "funzionale" di giurisdizione*

Nelle decisioni in oggetto, il Comitato adotta per la prima volta l'innovativa nozione di giurisdizione elaborata nel *General Comment n. 36*⁴ del 2018 sul diritto alla vita, peraltro in un contesto assai complesso, quale quello dell'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi di prevenzione e protezione⁵. Il par. 63 del Commento afferma che: «a State party has an obligation to respect and to ensure the rights under article 6 of all persons who are within its territory and all persons subject to its jurisdiction, that is, *all persons over whose enjoyment of the right to life it exercises power or effective control*». Ciò include – continua il paragrafo – «persons located outside any territory effectively controlled by the State, whose right to life is nonetheless impacted by its military or other activities *in a direct and reasonably foreseeable manner*».

Il Commento Generale, in effetti, fa propria una concezione "funzionale" della nozione di giurisdizione, che si discosta dai tradizionali paradigmi spaziale e personale (a cui si riconducono le situazioni in cui viene esercitato un controllo effettivo sul territorio o sugli individui titolari dei diritti), e si inserisce nell'ottica della "capacità effettiva dello Stato di incidere sul godimento dei diritti umani"⁶, o in quella che più recentemente è stata definita *control over rights doctrine*⁷.

⁴ COMITATO DEI DIRITTI UMANI, *General Comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

⁵ Così M. MILANOVIC, *Op. cit.*

⁶ Secondo la definizione di P. DE SENA, *La Nozione di Giurisdizione Statale nei Trattati sui Diritti dell'Uomo*, Torino, 2002, p. 125 ss.

⁷ B. ÇALI, *Has 'Control over rights doctrine' for extra-territorial jurisdiction come of age? Karlsruhe, too, has spoken, now it's Strasbourg's turn*, in *EJIL:Talk!*, 21 luglio 2020.

Nelle due decisioni, dunque, sulla base di elementi giuridici (gli obblighi in materia di diritto del mare) e fattuali propri del caso, il Comitato ha ritenuto che Malta avesse giurisdizione poiché aveva esercitato un controllo effettivo sulle operazioni di soccorso, «potentially resulting in a *direct and reasonably foreseeable causal relationship* between the States parties' acts and omissions»⁸ (l'incidente si era verificato nella zona SAR maltese e Malta aveva assunto il coordinamento dei soccorsi), e per quanto riguarda l'Italia, che si fosse instaurata una «*special relationship of dependency*» tra le autorità italiane e le persone in pericolo, per cui «the individuals on the vessel in distress were *directly* affected by the decisions taken by the Italian authorities in a manner that was *reasonably foreseeable*»⁹. Tra le specifiche circostanze riscontrate nel caso italiano figurano ancora elementi giuridici (i doveri di rispondere alle richieste di soccorso ai sensi del *Regolamento SOLAS*¹⁰ e il dovere di cooperazione con gli altri Stati nelle operazioni di ricerca e soccorso ai sensi della *Convenzione SAR*¹¹) e elementi fattuali: le autorità italiane avevano risposto inizialmente alla richiesta di soccorso; una nave della Marina Militare italiana si trovava in prossimità della nave in *distress*, ad un'ora di navigazione; Malta aveva chiesto più volte alle autorità italiane di intervenire (queste ultime erano infine intervenute ma tardivamente, a naufragio già avvenuto).

Il Comitato adotta senza dubbio una nozione di giurisdizione molto estensiva, che, tuttavia, non è stata esente da critiche, come dimostrano anche i diversi pareri discordanti¹². In particolare, per alcuni, apparirebbe nebuloso lo stesso costruito della “speciale dipendenza” riconosciuta tra le autorità italiane e le vittime, che, soprattutto quando sono implicati gli obblighi positivi, non permetterebbe di comprendere chiaramente quando sussista la giurisdizione in questi e altri casi analoghi, facendo sorgere più di un interrogativo¹³: in particolare, il link giurisdizionale sussisterebbe in base alla *mera* capacità fattuale dello Stato di intervenire per incidere, con le sue azioni e omissioni, sul diritto alla vita o è necessario accertare sempre ulteriori elementi (di fatto o di diritto) che consolidino il

⁸ *A.S. e al. c. Malta*, par. 6.7.

⁹ *A.S. e al. c. Italia*, par. 7.8.

¹⁰ *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)*, adottata il 1 novembre 1974.

¹¹ *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)*, adottata il 27 aprile 1979.

¹² Vedi in particolare i pareri dissenzienti di Zimmerman, Moore e Shany, Heyns e Pazarzsis.

¹³ Sul punto M. MILANOVIC, *Op. cit.*

nesso fattuale-causale in questione? E, nella seconda ipotesi, che in effetti sembra orientare la valutazione del Comitato, non vi sarebbe il rischio di incorrere in linee di demarcazioni arbitrarie, nel tentativo di evitare un'espansione "eccessiva" della nozione di giurisdizione in senso funzionale? Se, ad esempio, l'Italia avesse semplicemente ignorato l'iniziale chiamata di soccorso o se la nave italiana fosse stata *meno prossima* al luogo dell'incidente (a più di un'ora di distanza) – circostanze che non avrebbero compromesso l'effettiva possibilità per le autorità italiane di salvare quelle vite in mare – sarebbe stato ugualmente riconosciuto l'obbligo positivo extraterritoriale dell'Italia di intervenire ai sensi dell'art. 6 del Patto?

In altre parole, è stato sostenuto che, in base ad una concezione *veramente* funzionale, dovrebbe sussistere la giurisdizione ogniqualvolta uno Stato abbia la possibilità concreta di intervenire per salvare le vite in mare¹⁴. Tuttavia, ciò difficilmente potrebbe conciliare l'aspirazione universalistica dei diritti umani e le esigenze degli Stati, specie in contesti problematici caratterizzati dall'azione collettiva e dalla condivisione degli oneri. Pertanto, prendendo atto della chiara tendenza evolutiva del Comitato, ci sembra che sia necessario elaborare una nozione funzionale coerente di giurisdizione che «cannot but get through the articulation of a clear model with its tests, requirements, and thresholds, so as to avoid an uncontrolled case-by-case expansion of jurisdiction»¹⁵. Infatti, quale *grado* di funzionalità dovrebbe acquisire la nozione di giurisdizione in questi contesti? Come andranno a configurarsi esattamente la nozione di "causalità", e i criteri di "prossimità", "danno diretto", "ragionevole prevedibilità" che sembrano avere per l'appunto «the purpose of *mitigating the cause-and-effect approach*»¹⁶?

Lasciando aperti questi interrogativi, che qui non possono essere approfonditi,¹⁷ ci si limita ad evidenziare l'indiscutibile portata innovativa della nozione funzionale di giurisdizione. A nostro avviso, infatti, in un contesto complesso, quale quello delle attività di ricerca e soccorso in mare, in cui ai problemi di intervento collettivo da parte degli Stati si intrecciano le continue violazioni dei diritti umani di cui il Mediterraneo è divenuto da lungo tempo teatro, la coraggiosa soluzione proposta dal Comitato consente di far

¹⁴ *Ibidem*,

¹⁵ G. MINERVINI, *Op. cit.*, p. 595.

¹⁶ *Ivi*, p. 588.

¹⁷ Sul tema vedi in particolare S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani*, in *Rivista di Diritto internazionale*, n. 3/2021, p. 647.

fronte ad alcuni “maritime legal black holes”¹⁸ ed apre, inoltre, alla possibilità di applicare il Patto anche in analoghi scenari, caratterizzati dall’esercizio di un controllo statale “contact-less”¹⁹ sui migranti.

3. *La Corte di Strasburgo al bivio: verso una frammentazione della giurisprudenza “internazionale” dei diritti umani?*

Il parere del Comitato, sebbene non abbia effetti vincolanti per gli Stati contraenti, costituisce senz’altro un precedente autorevole, a cui altri organi di controllo dei diritti umani, in particolar modo la Corte di Strasburgo, potrebbero allinearsi, in conformità alla *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, che, tra le regole per l’interpretazione in buona fede, individua come riferimento «ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti»²⁰.

L’approccio innovativo del Comitato, peraltro, non costituisce un *unicum*, bensì segue gli sviluppi giurisprudenziali della Corte interamericana dei diritti dell’uomo, la quale, nel parere n. 23 del 2017²¹, in tema di protezione ambientale, ha riconosciuto un nuovo *link* giurisdizionale, che sussiste «quando lo Stato di origine esercita un controllo effettivo sulle attività svolte che hanno *causato* il danno e la conseguente violazione dei diritti umani»²², anche se quest’ultima si verifica al di fuori dei confini territoriali.

Tendenze innovative sono poi riscontrabili anche nella recente giurisprudenza del Comitato ONU sui diritti del fanciullo, nei casi sui *Minori francesi in Siria*²³, in cui è stata ritenuta sussistente la giurisdizione della

¹⁸ I. MANN, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, in *European Journal of International Law*, Vol. 29 No. 2/2018, p. 347; sul tema della giurisdizione extraterritoriale in alto mare, vedi inoltre S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *Questions of International Law*, Zoom-in 4, 2014, p. 3.

¹⁹ V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÉ, *The Raise Of Consensual Containment: From Contactless Control To Contactless Responsibility For Forced Migration Flows*, in S. JUSS (eds), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham, 2019, p. 82.

²⁰ *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, art. 31, comma 3, lett. c.

²¹ Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo del 15 novembre 2017, OC-23/17.

²² *Ivi*, par. 104.

²³ Comitato ONU sui diritti del fanciullo, decisione sull’ammissibilità 30 settembre 2020, *L.H. e altri c. Francia*, com. nn. 79/2019 e 109/2019, cui segue un’altra decisione in cui è stato adottato il medesimo approccio, *F.B. e altri c. Francia*, com. 77/2019; si segnala inoltre il caso

Francia in relazione al caso di minori, figli di *foreign fighters* francesi, soggetti a detenzione in campi siriani che erano sotto il controllo delle autorità curde. Nel caso di specie, pur non esercitando la Francia un controllo effettivo sui campi di detenzione, il Comitato ha ritenuto, sulla base di una serie di “considerazioni rilevanti”²⁴, che le autorità francesi avevano «*the capability and the power to protect the rights of the children in question*»²⁵, partendo dalla premessa che uno Stato eserciti giurisdizione «*in respect of acts that are performed, or produce effects, outside its national borders*»²⁶.

Alla luce di tali sviluppi, dunque, potrebbe la cosiddetta “control over rights doctrine”²⁷ farsi largo a Strasburgo?

Com'è noto, la questione della giurisdizione extraterritoriale nel quadro fornito dalla giurisprudenza della Corte EDU è assai spinosa, non esente da contraddizioni e incertezze. Bisogna in primo luogo ricordare che a costituire un precedente fondamentale, per quanto controverso, che negherebbe palesemente un'evoluzione della nozione in senso “funzionale”, è il caso *Banković*²⁸. In esso la Corte ha negato che l'accertamento della giurisdizione potesse dipendere da un nesso “causa-effetto”, perché ciò avrebbe significato che «*anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State*»²⁹. Ciononostante, vi sono comunque alcuni casi in cui la Corte sembra aver adottato un test “maggiormente funzionale”, riscontrando la sussistenza della giurisdizione in situazioni relative a uccisioni/ferimenti provocati (*causati*) da spara-

Sacchi et al. c. Argentina et al. c. Argentina et al. (com. nn. 104/2019, 105/2019, 106/2019, 107/2019, 108/2019), in tema di protezione ambientale, in cui il Comitato si è sostanzialmente allineato alle conclusioni del parere della Corte interamericana del 2017 (vedi M. LA MANNA, *Cronaca di una decisione di inammissibilità annunciata: la petizione contro il cambiamento climatico Sacchi et al. c. Argentina et al. non supera il vaglio del Comitato sui diritti del fanciullo*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2021).

²⁴ Tra cui il possesso per i minori della cittadinanza francese, la disponibilità dei curdi a rimpatriare i minori in Francia; la necessità di considerare il “best interest of the child”; l'esistenza di un rischio imminente di danno irreparabile; sul caso L. RAIBLE, *Extraterritoriality between rock and hard place*, in *Questions of International Law*, 30 giugno 2021.

²⁵ Comitato ONU sui diritti del fanciullo, *L.H. e altri c. Francia*, cit., par 9.7.

²⁶ *Ivi*, par. 9.6.

²⁷ B. ÇALI, *Op. cit.*

²⁸ Corte Edu, (Grande Camera), decisione del 28 ottobre 1999, *Banković e al. c. Belgio e al.*, ric. n. 52207/99.

²⁹ *Ivi*, par. 75.

torie da parte di forze armate appartenenti agli Stati convenuti, che riguardano, a detta della Corte, «isolated and specific acts involving an element of proximity»³⁰.

Ad ogni modo, la giurisprudenza più recente della Corte non lascia intravedere un concreto “cambio di passo” in merito, ma anzi una tendenza restrittiva che contrasta chiaramente con i recenti sviluppi degli altri organi di controllo dei diritti umani. Ne sono un esempio la decisione *M.N. e al. c. Belgio*³¹, in cui non è stata riconosciuta la giurisdizione extraterritoriale dello Stato convenuto in merito al diniego del visto presso le ambasciate all'estero, fuori dal territorio europeo (nel caso di specie in Libano), oltre che la recente causa interstatale *Georgia c. Russia*³², relativa al conflitto armato avvenuto tra le parti nel 2004. Sebbene quest'ultimo caso sia relativo ad un contesto diverso da quello in esame, è indicativo dell'orientamento della Corte. Nella sentenza, in particolare, si riaffermano sostanzialmente i principi di *Banković* e la Corte opera una discutibile distinzione tra il periodo relativo alle ostilità, in cui non ha rilevato la giurisdizione dello Stato convenuto a causa dell'impossibilità di accertare l'esercizio di un controllo effettivo sul territorio in un “contesto di caos”, e quello immediatamente successivo al “cessate il fuoco”, in cui, in virtù dell'occupazione russa, il test giurisdizionale è stato soddisfatto. Vi è tuttavia un aspetto molto interessante nella sentenza, che è rappresentato dal riconoscimento dell'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi di indagine ai sensi dell'art. 2 CEDU, anche in relazione al periodo delle ostilità, sulla base dell'approccio delle “special features”³³, suc-

³⁰ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2021, *Georgia c. Russia*, ric. n. 38263/08, par. 131-132. Tra questi casi possiamo ricordare, *inter alia*, la decisione del 28 giugno 2007, *PAD e al. c. Turchia*, ric. n. 60167/00; la sentenza del 27 ottobre 2009, *Andreou c. Turchia*, ric. n. 45653/99.

³¹ Corte Edu (Grande Camera), decisione del 5 maggio 2020, *M.N. e al. c. Belgio*, ric. n. 3599/18; vedi, *inter alia*, M. BAUMGÄRTEL, *Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, in *Strasbourg Observers*, 7 maggio 2020; A. LIGUORI, *Two Courts but a similar Outcome – no Humanitarian Visa*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (eds), *Migration and Asylum Policies Systems Challenges And Perspectives*, Napoli, 2020; A. SCHIAVELLO, M. STARITA, *M.N. e altri c. Belgio: qualche osservazione dissenziente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 15 n. 3/2021, p. 555.

³² Vedi nota 30. Sul caso, *inter alia*, M. MILANOVIC, *Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Banković in the Contexts of Chaos*, in *EJIL: Talk!*, 25 gennaio 2021.

³³ Introdotta nel caso *Güzelyurtlu*, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 29 gennaio 2019, *Güzelyurtlu e al. c. Cipro e Turchia*, ric. n. 36925/07.

cessivamente applicato anche nella sentenza *Hanan c. Germania*³⁴, relativa all'incidente di Kunduz in Afghanistan. Questo aspetto potrebbe rilevare una "timida apertura" da parte della Corte di Strasburgo ad una lettura maggiormente "funzionale" della nozione, basata sul riconoscimento di *circostanze speciali* (anch'esse composte da elementi fattuali e obblighi giuridici in materia), in maniera simile a quanto effettuato dal Comitato per i diritti umani nelle decisioni precedentemente esaminate (aspetto che, secondo alcuni³⁵, potrebbe costituire un punto di contatto negli approcci seguiti dai due organismi). Tuttavia tale approccio sembrerebbe applicarsi soltanto agli obblighi procedurali di indagine e non anche a quelli sostanziali derivanti dal diritto alla vita, generando una contraddizione. Infatti, dal momento che gli obblighi procedurali di indagine sono stati introdotti proprio per rendere più efficaci quelli sostanziali, è lecito domandarsi se non sia contraddittorio considerarli in maniera così slegata tra di loro e se, piuttosto, non sia auspicabile (e più coerente) riconoscere un'applicazione extraterritoriale più ampia anche degli obblighi sostanziali ai sensi dell'art. 2 CEDU³⁶.

Con queste questioni, qui brevemente riassunte, la Corte EDU avrà modo presto di confrontarsi. Si segnalano, ad esempio, i casi *H.F. e MF c. Francia*³⁷ e *J.D. e A.D. c. Francia*³⁸, i cui fatti di causa sono sostanzialmente simili a quelli delle decisioni sui *Minori francesi in Siria*, affrontati dal Comitato sui diritti del fanciullo. Tornando, poi, ai contesti migratori, a costituire il banco di prova per la Corte di Strasburgo sembra essere il caso pendente *S.S. e al. c. Italia*³⁹, relativo al coordinamento da remoto delle operazioni di ricerca e soccorso in mare e alla gestione "contact-less" dei migranti, che poi si sostanzia nelle operazioni di *pull-back* in Libia.

Infatti, una nozione maggiormente funzionale della giurisdizione, basata sulla capacità effettiva di incidere sul godimento dei diritti umani implicati nel caso, quali il diritto alla vita, il divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti e il divieto di schiavitù, potrebbe portare la Corte a riscontrare la

³⁴ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 16 febbraio 2021, *Hanan c. Germania*, ric. n. 4871/16.

³⁵ F. GARELLI, *Op. cit.*

³⁶ Sul punto M. MILANOVIC, *Extraterritorial Investigations in Hanan v. Germany; Extraterritorial Assassinations in New Interstate Claim Filed by Ukraine against Russia*, in *EJIL:Talk!*, 26 febbraio 2021.

³⁷ Corte Edu, ric. n. 24384/19, *H.F. e MF c. Francia*.

³⁸ Corte Edu, ric. n. 44234/20, *J.D. e A.D. c. Francia*.

³⁹ Corte Edu, ric. n. 21660/18, *S.S. et al. c. Italia*.

giurisdizione italiana, allineandosi con i recenti sviluppi analizzati. Un esito alternativo potrebbe porci invece di fronte ad un sistema “internazionale” di tutela dei diritti umani *frammentato*, i cui organi di controllo adottano approcci interpretativi e standard di protezione anche molto differenti tra di loro e sulla cui sostenibilità saremmo inevitabilmente portati ad interrogarci. Certamente i recenti sviluppi rivelano una certa “turbolenza” attorno al tema della giurisdizione e, forse, per la Corte di Strasburgo, i tempi potrebbero essere maturi per fare chiarezza sulla materia e prospettare «a second coming of jurisdiction»⁴⁰.

⁴⁰ C. MALLORY, *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, in *Questions of International Law*, 30 giugno 2021.

NIENTE DI NUOVO SUL FRONTE ORIENTALE?
QUALCHE RIFLESSIONE SULLE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO
GENERALE NEL CASO COMMISSIONE CONTRO UNGHERIA
(*INCRIMINATION DE L'AIDE AUX DEMANDEURS D'ASILE*)
E LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA SOLIDARIETÀ

Angelo Marletta*

SOMMARIO: 1. L'oggetto della procedura di infrazione. – 1.1. Le disposizioni nazionali ungheresi introdotte dalla Legge VI del 2018 (“*Stop Soros Law*”). – 1.2. Gli obblighi di diritto dell'Unione disattesi: la Direttiva Procedure e la Direttiva Accoglienza. – 2. Le argomentazioni dell'Avvocato Generale. – 2.1. La norma sulla inammissibilità della richiesta per transito attraverso un “paese terzo sicuro”. – 2.2. La criminalizzazione della assistenza umanitaria ai richiedenti asilo tra diritto penale e diritto di polizia. – 2.2.1. La fattispecie incriminatrice dell'art. 353/A del codice penale. – 2.2.2. La disciplina di polizia. – 3. Alcune riflessioni, aspettando la sentenza.

1. *L'oggetto della procedura di infrazione*

Il 25 febbraio 2021, l'Avvocato Generale Athanasios Rantos ha presentato le proprie Conclusioni nel caso *Commissione europea contro Ungheria (incriminazione dell'assistenza ai richiedenti asilo)*¹. La vicenda riguarda una procedura di infrazione avviata nel 2018 dalla Commissione europea contro l'Ungheria a seguito di modifiche legislative particolarmente controverse apportate dalla Legge VI del 2018, nota come “*Stop Soros Law*”, sia alla normativa sull'asilo sia alla disciplina penale del favoreggiamento dell'ingresso irregolare. Esaurita la fase precontenziosa² e ritenendo insoddisfacenti le risposte fornite dal governo magiaro, nel novembre 2019, la Commissione europea ha presentato ricorso *ex art. 258 TFUE* di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea contestando allo Stato ungherese di essere venuto me-

* Ricercatore post dottorato, Université libre de Bruxelles.

¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Athanasios Rantos presentate il 25 febbraio 2021 nella causa C-821/19, *Commissione europea c. Ungheria (incriminazione dell'assistenza ai richiedenti asilo)*, EU:C:2021:143.

² La fase precontenziosa si era aperta con una lettera di messa in mora inviata dalla Commissione al Governo ungherese il 19 luglio 2018. Si veda il Comunicato stampa della Commissione europea in data 25 luglio 2019.

no agli obblighi che gli incombono in forza del diritto dell'Unione ed, in particolare, in forza della *Direttiva procedure*³ e della *Direttiva accoglienza*⁴.

1.1. *Le disposizioni nazionali ungheresi introdotte dalla Legge VI del 2018 (“Stop Soros Law”)*

Le disposizioni nazionali ungheresi oggetto della procedura di infrazione sono tre, tutte introdotte dalla Legge VI del 2018:

1. L'articolo 51 paragrafo 2, *lett. f.*) della legge sul diritto d'asilo ungherese, che introduce un nuovo motivo di inammissibilità della domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente che sia giunto sul territorio ungherese attraversando un paese in cui egli non fosse esposto a rischio di persecuzione, di danni gravi o in cui sia garantito un livello adeguato di protezione. Si tratta di disposizione che è già stata oggetto di due pronunce emesse nella primavera del 2020 dalla CGUE, a seguito di rinvio pregiudiziale, nei casi *Tompa*⁵ e *Országos*⁶, su cui si ritornerà a breve.

2. L'articolo 353/A del codice penale ungherese che ha introdotto una autonoma fattispecie di reato, nel contesto della disciplina del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, sanzionando chiunque svolga “attività organizzative” dirette a consentire l'avvio di una procedura di protezione internazionale da parte di una persona che non abbia diritto a tale protezione. La fattispecie base, che prevede già una sanzione penale di natura detentiva per il trasgressore, è assistita da circostanze aggravanti ove le attività vietate vengano alternativamente svolte su base abituale, per una finalità di profitto, nei confronti di più di una persona o in prossimità della frontiera. L'art. 353/A del codice penale, inoltre, fornisce una lista esemplificativa, ma non esaustiva, di cosa debba intendersi come “attività organizzativa”, ricondu-

³ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, GU UE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 60-95.

⁴ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), GU UE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 96-116.

⁵ CGUE, sentenza del 19 marzo 2020, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa)*, C-564/18, EU:C:2020:218.

⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2021, *FMS e altri c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367.

cendo a tale nozione il monitoraggio delle frontiere, l'elaborazione o la diffusione, anche avvalendosi di terzi, di documenti informativi, la creazione o la gestione di una rete.

3. L'art. 46/F della legge sulla polizia ungherese la quale prevede che la polizia possa impedire l'avvicinamento o allontanare da un perimetro situato a distanza inferiore ad otto chilometri dalla frontiera chiunque sia sottoposto a procedimento penale per una serie di reati, incluso quello di cui all'art. 353/A del codice penale.

1.2. *Gli obblighi di diritto dell'Unione disattesi: la Direttiva Procedure e la Direttiva Accoglienza*

Nel proprio ricorso, la Commissione europea contesta l'incompatibilità tra le disposizioni nazionali appena citate ed alcune disposizioni del diritto derivato dell'Unione relativo alla protezione internazionale. In particolare:

1. L'art. 33 paragrafo 2 della Direttiva Procedure, il quale contempla le ipotesi di inammissibilità della richiesta di protezione internazionale. L'articolo 51 paragrafo 2, lettera f.) della legge sul diritto d'asilo ungherese si porrebbe in contrasto con tale norma, introducendo una nuova ipotesi di inammissibilità incompatibile con quelle enumerate e, pertanto, restringerebbe indebitamente il diritto di accesso alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale;

2. Gli articoli 8 paragrafo 2, 12 paragrafo 1 *lett. c)* e 22 paragrafo 1 della Direttiva Procedure e l'art. 10 paragrafo 4 della Direttiva Accoglienza. Le norme citate prevedono sia il diritto dei richiedenti protezione internazionale di comunicare e ricevere informazioni, assistenza legale o anche altra consulenza da parte di organizzazioni e di individui nel corso della procedura, sia il diritto delle stesse organizzazioni ed individui che prestano consulenza ed assistenza di avere effettivo accesso ai richiedenti protezione presenti ai valichi di frontiera, nelle zone di transito e nei centri di accoglienza o trattenimento. Nel proprio ricorso la Commissione ha ritenuto che l'art. 353/A del codice penale ungherese e l'art. 46/F della legge sulla polizia ungherese si pongano in contrasto con tali previsioni.

2. *Le argomentazioni dell'Avvocato Generale*

In tale quadro si collocano le Conclusioni dell'AG. Nel prosieguo si presenteranno i principali snodi delle Conclusioni, insieme ad alcune riflessioni, in attesa della decisione della Corte di Kirchberg.

2.1. *La norma sulla inammissibilità della richiesta per transito attraverso un “paese terzo sicuro”*

Come indicato sopra, l’art. 51 paragrafo 2 *lett. f)* della legge sul diritto di asilo ungherese, che prevede una causa di inammissibilità della richiesta di protezione internazionale sulla base del mero transito del richiedente per un paese terzo sicuro è stata già oggetto di ben due decisioni della CGUE, rese a seguito di rinvio pregiudiziale, nella primavera del 2020: si tratta delle sentenze *Tompa* e *Országos*⁷.

In tali pronunce, la Corte ha dichiarato incompatibile la norma ungherese con la disciplina della inammissibilità della domanda di protezione internazionale prevista dalla Direttiva Procedure. Sebbene l’art. 33 paragrafo 2 di tale direttiva contempli tra le cause di inammissibilità esaustivamente elencate anche l’esistenza di un cd. “paese terzo sicuro” (si veda la *lett. c)*), la CGUE ha, tuttavia, chiarito che l’applicabilità di tale specifica ipotesi sia sottoposta al rispetto di una serie di condizioni cumulative indicate dall’art. 38 della stessa direttiva, inclusa l’esistenza di un “legame” tra il richiedente ed il “paese terzo sicuro” in questione. A tal riguardo, la Corte ha ribadito che il mero transito per un paese terzo che possa ritenersi sicuro non può considerarsi un legame idoneo a soddisfare la condizione richiesta dalla Direttiva e, proprio per tale ragione, ha escluso la compatibilità della norma ungherese di cui nuovamente si discute nel caso in commento (rispettivamente al punto 50 della sentenza *Tompa* ed al punto 159 della sentenza *Országos*).

Correttamente, pertanto, l’AG nelle Conclusioni in commento si è limitato a riportarsi a tale giurisprudenza sottolineando come il governo ungherese non abbia prodotto nel nuovo giudizio alcun elemento di novità tale da superare le censure già espresse dalla Corte.

2.2. *La criminalizzazione della assistenza umanitaria ai richiedenti asilo tra diritto penale e diritto di polizia*

Diversamente, l’AG ha sottolineato come questione inedita e meritevole di maggiore attenzione la incompatibilità delle nuove disposizioni del codice penale e del diritto di polizia ungheresi.

⁷ Rispetto alla pronuncia *Országos* ed agli ulteriori profili di criticità della legislazione ungherese relativa alle cd. “zone di transito”, si veda, L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della giurisprudenza, 30 maggio 2020.

2.2.1. *La fattispecie incriminatrice dell'art. 353/A del codice penale*

L'analisi delle due norme viene svolta separatamente nell'ambito delle Conclusioni, partendo dalla disposizione penalistica che di fatto sanziona chiunque aiuti un cittadino di un paese terzo a presentare una domanda di asilo in assenza dei requisiti per il riconoscimento allo stesso di una forma di protezione internazionale.

L'AG ha apertamente riconosciuto che l'art. 353/A del codice penale ungherese risulta "a prima vista" idoneo a costituire un impedimento ("*entrave*" nella versione originale francese) al godimento dei diritti alla consulenza ed assistenza legale garantiti ai richiedenti asilo tanto dalla Direttiva Procedure che dalla Direttiva Accoglienza (si veda il punto 30 delle Conclusioni).

L'ampiezza della descrizione della fattispecie incriminatrice - la quale, come si è evidenziato sopra, copre un ampio ventaglio di condotte, inclusa la "elaborazione o diffusione di documenti informativi" - sembra tale da poter esplicitare un significativo effetto dissuasivo e deterrente nei confronti delle organizzazioni non governative e dei singoli individui che intendessero prestare assistenza ai richiedenti asilo.

Rispetto alla osservazione che la norma sanziona la facilitazione della presentazione delle sole domande "infondate", l'AG ha condivisibilmente sottolineato come non sia compito del privato, della ONG o dello stesso legale che aiuti lo straniero a presentare la domanda accertarsi della veridicità delle dichiarazioni dello stesso né tantomeno svolgere una attività di "filtro" delle domande di asilo- sotto minaccia di sanzione penale, peraltro (si veda il punto 34 delle Conclusioni). A tale attività di controllo sarebbero, semmai, esattamente preposte le procedure di protezione internazionale, il cui avvio tale incriminazione scoraggerebbe.

Inoltre, le Conclusioni evidenziano come il combinato disposto tra la norma penale ed il già censurato art. 51 paragrafo 2 *lett. f*) della legge ungherese sul diritto d'asilo renda di fatto sistematicamente incriminabile l'assistenza a favore di qualsiasi richiedente transitato per la Serbia. Le domande presentate in tali circostanze, alla luce della disciplina nazionale già censurata, risulterebbero *ipso facto* inammissibili (cfr. punto 35 delle Conclusioni).

Pertanto, osserva l'AG, valorizzando anche la dimensione teleologica del diritto dell'Unione rilevante, la norma incriminatrice ungherese non solo ostacola il godimento dei diritti garantiti dalla Direttiva Procedure, ma si pone anche in contrasto con l'obiettivo della stessa di garantire l'accesso a

procedure di asilo «giuridicamente sicure ed efficaci alle persone che necessitano di protezione internazionale» (punto 41 delle Conclusioni).

L'AG, infine, si cura di rispondere anche alle obiezioni avanzate dal Governo ungherese a difesa dell'art. 353/A del codice penale, il quale essenzialmente tendeva a far valere, da un lato, la sporadica applicazione della norma penale in discorso e, dall'altro, la circostanza che le stesse disposizioni della Direttiva Procedure e della Direttiva Accoglienza permettano, a certe condizioni, di restringere l'accesso per le organizzazioni e delle persone che prestano assistenza o consulenza ai richiedenti asilo.

Quanto al primo tema, l'AG ha rapidamente dismissed l'obiezione *'de minimis'* ricordando il carattere obiettivo della procedura *ex art. 258 TFUE* che, per consolidata giurisprudenza, non richiede alla Corte di considerare la frequenza o la scala delle violazioni come presupposto per l'esistenza di una infrazione⁸.

Rispetto alla seconda obiezione, l'AG ricorda che le Direttive ammettono restrizioni all'accesso delle organizzazioni e degli individui che intendano prestare assistenza ai richiedenti asilo, ma solo qualora risultino obiettivamente necessarie per garantire la sicurezza, l'ordine pubblico e la gestione amministrativa dei valichi di frontiera o dei centri di trattenimento e sempre a condizione che esse non rendano l'accesso drasticamente ridotto di fatto impossibile. Si tratta di una esigenza di proporzionalità in senso stretto che, come correttamente osserva l'AG, risulta aliena alla configurazione della norma incriminatrice ungherese (cfr. il punto 44 delle Conclusioni).

2.2.2. *La disciplina di polizia*

L'AG giunge a soluzione diversa rispetto alla norma di polizia censurata dal ricorso in infrazione, l'art. 46/F. A tal riguardo, infatti, le conclusioni sembrerebbero valorizzare la differente portata della disciplina di polizia rispetto a quella penalistica in senso stretto.

L'art. 46/F, infatti, impedendo l'accesso o permettendo l'allontanamento dalle zone di frontiera di persone sottoposte a procedimento penale per una

⁸ Cfr. *ex multis*: CGUE, sentenza del 29 marzo 2001, *Commissione c. Francia (VI Direttiva IVA)*, C-404/99, EU:C:2001:192; CGUE, sentenza del 30 gennaio 2003, *Commissione c. Danimarca (Qualità delle acque di balneazione)*, C-226/01, EU:C:2003:60; CGUE (Grande Sezione), sentenza del 28 gennaio 2020, *Commissione c. Italia (Ritardi di pagamento)*, C-122/18, EU:C:2020:41. Si veda K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 165.

serie di reati, tra i quali l'art. 353/A, rappresenterebbe “una applicazione di una regola generale secondo cui le autorità di polizia vietano l'accesso a “luoghi critici” alle persone sospettate di aver commesso reati, segnatamente ai luoghi in cui tali persone sono sospettate di aver commesso un reato o in cui potrebbero reiterarlo” (cfr. punto 50 delle Conclusioni).

In tale ottica, la natura “generale” dell'art. 46/F oltre che la sua applicabilità soggettiva a persone già “sottoposte a procedimento penale” e, in quanto tali, già attinte da “sospetti relativamente gravi o fondati”, esclude per l'AG che la disposizione, di per sé, possa porsi in contrasto con le norme di diritto dell'Unione. L' eventuale efficacia restrittiva sarebbe, in altri termini, giustificabile e proporzionata (cfr. punto 51 delle Conclusioni).

Invero, l'argomentazione delle conclusioni, su tale punto, appare ambigua: l'AG ritiene non incompatibile l'art. 46/F *singolarmente considerato*, ma rimane vago rispetto alla connessione tra tale disposizione di polizia e la fattispecie incriminatrice dell'art. 353/A del codice penale. Le considerazioni svolte dall'AG rispetto alla natura “generale” e proporzionata della norma di polizia, tuttavia, ci sembrano comprensibili solo laddove quest'ultima venga applicata in relazione a reati diversi dalla fattispecie incriminatrice dell'Art 353/A. Diversamente, come correttamente sostenuto dalla Commissione, la norma di polizia non farebbe altro che estendere ed aggravare la portata restrittiva della norma penale in discorso, interponendo un ulteriore ostacolo all'assistenza ai richiedenti asilo.

3. *Alcune riflessioni, aspettando la sentenza*

Il caso e le Conclusioni in commento rappresentano un nuovo tassello della saga giudiziaria che vede gli Stati di Visegrad e, in particolare l'Ungheria, in frizione con le norme europee in materia di protezione internazionale e volte alla creazione di un sistema comune di asilo⁹.

Il presente caso, tuttavia, manifesta un profilo di interesse ulteriore, foca-

⁹ Si vedano, ad esempio, i casi sui ricollocamenti: CGUE (Grande Sezione), sentenza del 6 settembre 2017, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, EU:C:2017:631; CGUE, 2 aprile 2020, *Commissione c. Repubblica Ceca, Polonia e Ungheria*, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, EU:C:2020:257; o, sempre relativamente alle cd. “zone di transito”, CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria (Accoglienza dei richiedenti protezione internazionale)*, C-808/18, EU:C:2020:1029.

lizzandosi su un fenomeno, quello della criminalizzazione dell'assistenza umanitaria ai richiedenti asilo, che, ferme restando le specificità del caso ungherese e la natura ed i limiti della procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE, presenta una dimensione ben più ampia.

L'AG nelle proprie conclusioni chiarisce che la incompatibilità dell'art. 353/A del codice penale ungherese non pregiudica la possibilità di introdurre e mantenere sanzioni penali nei casi di una "vera e propria attività di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, segnatamente in applicazione della Direttiva 2002/90/CE" (cfr. il punto 37 delle Conclusioni).

Caveat condivisibile che, tuttavia, svela l'"elefante nella stanza": ovvero la scelta su cosa debba intendersi nel diritto dell'Unione per «vera e propria attività di favoreggiamento dell'immigrazione illegale», posto che proprio la formulazione ambigua della condotta di favoreggiamento contenuta nella Direttiva 2002/90/CE¹⁰ (che insieme alla Decisione Quadro 2002/946/GAI¹¹ compone il cd. "*Facilitator's Package*") pone seri problemi rispetto a come inquadrare - o meglio esonerare - l'attività umanitaria a favore dei migranti e le condotte individuali verso gli stessi ispirate da finalità altruistiche¹².

Il "*Facilitator's Package*" rimane fuori dal perimetro dell'attuale procedura di infrazione e la specifica "questione ungherese", in fin dei conti, si pone nei termini ben noti alla Corte dell'effetto utile e della integrazione penale negativa (secondo lo schema classico dell'"*entrave*" e della giurisprudenza *Casati*¹³); tuttavia, si può sperare che la decisione della Corte possa fornire elementi per una riflessione a più ampio respiro.

La criminalizzazione della solidarietà, infatti, riposa su una assenza di

¹⁰ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, GUUE L 328 del 5 dicembre 2002, pp. 17-18.

¹¹ Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali GU UE L 328 del 5 dicembre 2002, pp. 1-3.

¹² Sul punto, si vedano S. ZIRULIA, *Is that a Smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (Eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford, 2021, p. 235 ss.; C. M. RICCI, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package'*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (Eds.), *Securitisating Asylum Flows: Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden, 2020, p. 34 ss.

¹³ CGCE, sentenza dell'11 novembre 1980, *Procedimento penale a carico di Guerrino Casati*, C-203/80, EU:C:1981:261.

una seria riflessione circa il ruolo del diritto penale europeo nel contesto delle politiche migratorie. E ciò, tanto in positivo, rispetto alla definizione di cosa debba intendersi per «vera e propria attività di favoreggiamento dell'immigrazione illegale» (per riprendere le parole dell'AG) quanto in negativo, rispetto alla individuazione dei limiti che il diritto primario oppone alla criminalizzazione di condotte che contribuiscono alla tutela attiva della dignità umana dei migranti.

MORE THAN A “CREDIBLE SUSPICION”:
THE PROSECUTION OF TRAFFICKING VICTIMS CHALLENGES
STATES’ OPERATIONAL DUTY
TO PROTECT UNDER ART. 4 ECHR

Francesco Moresco*

SUMMARY: 1. Facts. – 1.1. Judgment. – 2. A Historic decision – 2.1. The institutional implications of State Conventional obligations to identify and protect VoTs.

1. *Facts*

The case regards the prosecutorial and judicial vicissitudes of two Vietnamese nationals, who were charged with drug-related offences by UK authorities. The applicants, who were both minors at the time of the facts, were arrested in 2009 during two police operations in London and Cambridge targeting indoor cannabis factories, where the two youths were involved in the growing of cannabis plants.

The two applicants were advised by their legal counsels to plead guilty to the contested offences; they were subsequently convicted to 18 and 20 months of detention.

After their arrests, the applicants were identified at different times as potential VoTs during individual assessments of their situations, conducted by two “Competent Authorities”, officially mandated to ensure an expert identification of VoTs within the newly introduced National Referral Mechanism. In both cases, the Competent Authorities concluded that there were reasonable grounds for believing that the two minors had been trafficked in the criminal activities they were convicted for.

After these findings, both cases were reviewed in different times by Crown Prosecution Service (CPS) lawyers, who refused to discontinue the prosecutions, excluding the possibility that the two accused youths had been trafficked. While in the review of the first applicant’s prosecution no explicit motivation was provided for in the CPS decision, in the case of the second applicant some circumstantial elements were indicated as grounds of the lawyer’s adverse assessment concerning the potential victim status of the

* Ph.D student, Universität Hamburg.

youth. These referred to the alleged relevant level of autonomy held by the applicant, the absence of traces of physical violence, his “mature” age (17 years), and the availability of means (a mobile phone, cash) and opportunities (episodic periods of “leave” from the cannabis factory) which could have allowed him to escape from his illegal situation.

The applicants subsequently filed a joint appeal with the UK Court of Appeal, asking for a quash of their convictions in light of an alleged abuse of process of the Crown Prosecution Service, which did not adequately evaluate the evidence of victimization provided by the Competent Authorities and consequently violated the prohibition of punishment of trafficking victims for criminal offences connected to their trafficking, (art. 26 Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings). The Court of Appeal dismissed the applicants’ claims. In particular, the Court affirmed the non-binding nature of Competent Authorities’ trafficking assessments on prosecutorial decisions, and the presence of several elements suitable to justify the CPS decision to continue the prosecution as legitimate, given the alleged lack of a clear nexus between the trafficking of the two youths and the crimes they were charged with.

The applicants subsequently lodged an application with the ECtHR, complaining about the violation of their right as trafficking victims to be protected and assisted by State authorities (art. 4 ECHR) and of their fair trial rights (art. 6 ECHR).

1.1. *Judgment*

Relevant principles of the ECtHR art. 4 jurisprudence in trafficking cases

Examining the applicants’ complaints, the Court clarified its lack of competence in interpreting the provisions of the CoE Anti-Trafficking Convention and affirmed the necessary limitation of its judicial overview to the interpretation of the Conventional prohibition of slavery and forced labour under art. 4 ECHR. The scope of this provision has been progressively defined in the ECtHR’s jurisprudence as comprising not only a “negative” obligation on States to abstain from the practice of slavery and from other forms of human objectification (see ECtHR, *Siliadin v. France*).¹ On the contrary, Member States are required to act proactively to contrast trafficking in human beings, by fulfilling a series of *positive* obligations. These include the

¹ See ECHR, Second Section, 26 July 2005, *Case of Siliadin v. France*, Appl n. 73316/01.

duty to put in place an adequate legislative and administrative framework to criminalize slavery and forced labour, an operational duty to identify, protect and assist victims, as well as a procedural duty to investigate cases where credible indicators of slavery or serious exploitation are present.

In its judgment on V.C.L. and A.N., the Court reiterated that trafficking as a liberticide phenomenon falls under the protective scope of art. 4 ECHR (see lastly ECtHR, *SM v. Croatia*).² Consequently, States' Conventional obligations arise when *all* the constituent elements of its international definition of trafficking are integrated. In accordance with art. 4, CoE Anti trafficking Convention, trafficking involves «[t]he recruitment, transportation, transfer, harbouring or reception of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation». In cases where a child victim is involved, the coercive nature of the trafficking conduct is presumed, as the minor's consent to his/her exploitation is considered irrelevant under the Convention (art. 4b CoE Anti-Trafficking Convention).

The standard of proof required for the activation of State operational response to trafficking under art. 4 ECHR is identified in the «credible suspicion that an individual had been, or was at real and immediate risk of being, trafficked or exploited within the meaning of art. 3(a) Palermo Protocol and art. 4(a) Anti-Trafficking Convention» (ECtHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, §286).³

On the violation UK's operational duty to protect trafficking victims in the case at hand

Coming to the core matter of the case, the Court specified that the non-punishment provision of art. 26 CoE Anti-trafficking Convention cannot be said to ground a general prohibition of prosecution of VoTs. On the substantive side, the application of these clauses is in fact limited by the proof of a compulsion of the victim to commit the crime; on the procedural side, the

² ECHR, (Grand Chamber), 25 June 2020, *Case of SM v. Croatia*, Appl. n. 60561/14. For a comment of the judgment, see F. CURI, *A proposito del reato di tratta. La Grande Camera fissa un decalogo*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, settembre 2020.

³ ECHR, (First Section), 10 May 2010, *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. n. 25965/04.

application of the provision is not mandatory for national authorities: on the contrary, States are only required to provide for a legal *possibility* of non-prosecution of VoTs in their internal criminal justice frameworks.

This notwithstanding, the Court recognized that «the prosecution of victims, or potential victims, of trafficking may, in certain circumstances, be at odds with the State’s duty to take operational measures to protect them where they are aware, or ought to be aware, of circumstances giving rise to a credible suspicion that an individual has been trafficked». This potential interference derives from the two principal aims of the operational measures required under the Convention, i.e., «to protect the victim of trafficking from further harm; and to facilitate his or her recovery. It is axiomatic that the prosecution of victims of trafficking would be injurious to their physical, psychological and social recovery and could potentially leave them vulnerable to being re-trafficked in the future» (§159).

To avoid these adverse effects of criminal prosecution, the Court affirmed the “*paramount importance*” of an early identification of VoTs, to be conducted by qualified actors with the provision of a high standard of diligence in the detection of circumstantial elements, suitable to ground a “credible suspicion” of victimhood or exposure to trafficking. These institutional arrangements are deemed essential, especially in the case of particularly vulnerable victims like minors, for the evaluation of the adequateness of the evidence for a conviction and for the assessment of the public interest to prosecute. Consequently, the Court expressed the view that «any decision on whether or not to prosecute a potential VoT should – insofar as possible – only be taken once a trafficking assessment has been made by a qualified person» (§161).

Concerning the relationship between the trafficking assessment of qualified authorities and the prosecutorial decisions, the Court reiterated the non-binding nature of the findings of such assessment on the prosecutor, but at the same time it stressed that prosecutors must in any case take those findings into account, providing their eventual decision to prosecute with «clear reasons which are consistent with the definition of trafficking» (§162).

The Court subsequently applied the abovementioned principles to the facts of the case. First, the judges examined the treatment of the two youths during and after their arrest, noting that, when the police operations were conducted, the high vulnerability to trafficking of Vietnamese minors was largely known and that even internal documents and guidelines of police officers warned against the prosecution of minors found in cannabis farms. This, together with the lacking activation of the National Referral Mecha-

nism, led the Court to recognize a violation of State obligations of protection towards VoTs, given the underestimation by police authorities of elements which should have raised a “credible suspicion of trafficking” from the moment of the arrests of the two youths.

As for the subsequent prosecutorial choices, the Court examined the review decisions of CPS lawyers, delivered after the identification of the applicants as VoTs by a Competent Authority. The Strasbourg judges expressed the view that, without prejudice to prosecutorial discretion, the discussed decisions could not be considered compliant with the Conventional obligations of protection of VoTs, as their affirmation of absence of any credible suspicion of trafficking wasn't duly justified. In the first applicant's case, no official motivation was in fact provided for in the CPS review decision; in the case of the second applicant, the CPS had drawn its evaluation on «*peripheral issues*» (§170), relating to the alleged absence of force in the applicant's involvement in the criminal activity. The Court reaffirmed that, where child victims are involved, the proof of coercion is not necessary to integrate the crime of trafficking, as the consent of the minor to his/her exploitation is always deemed invalid. The CPS lawyer's reasoning, consequently, didn't amount to an adequate motivation based on the trafficking definition. Furthermore, the same “*peripheral issues*” had already been considered in the trafficking assessment of the Competent Authority, whose findings were not explicitly discussed in the CPS decision. The same motivational lacuna was identified, in turn, in the subsequent review decision of the Court of Appeal, which once again relied exclusively on the examination of potential indicators of coercion in the exploitative experiences of the two minors. These considerations led the Court to find a violation of UK's operational obligations of protection of VoTs under art. 4 ECHR.

On the violation of victims' fair trial rights under art. 6(1) ECHR

In the last part of the judgment, the Strasbourg judges identified a nexus between the violation of positive obligations under art. 4 ECHR by criminal justice authorities and the fairness of the criminal proceedings where VoTs are involved as accused and/or defendants. In this regard, the Court found that the absence of prompt attribution of the status of potential VoTs to the two applicants during the criminal proceedings deprived them of a «fundamental aspect of the[ir] defence» (§200), thus unduly compromising their processual position. On the other hand, this same la-

cuna in the identification phase was recognized by the Court as a legal obstacle for the “voluntary” waiving of the applicants’ fair trial rights by means of their guilty pleas, given their evident deprivation of the «full awareness of all facts of the case» (i.e., the recognition of their victim status) «and [of] the legal consequences» (i.e., their subsequent availability of defences against incrimination; §201). Furthermore, the Court critically analysed the decision of the UK Court of Appeal, noting that this internal judicial review was exclusively focused on examining the issue of the potential abuse of process of the CPS in its prosecutorial decision. On the contrary, the Court of Appeal didn’t analyse the broader issues concerning the potential violation of State’s obligations under art. 4 ECHR, which had been explicitly raised by the applicants in their appeal. These elements led the Court to affirm the unfairness of the *whole* criminal proceedings under art. 6(1) ECHR.

2. *A historic decision*

The Court’s judgment on the case at hand was long awaited, given its temporal distance from the facts and the influence of the contested episode and other similar ones on the developments of UK anti-trafficking policy after 2009. The evidence of a frequent conviction of exploited child cannabis farmers in UK criminal Courts, in facts, played a strong political role⁴ in the drafting and subsequent approval of the UK Modern Slavery Act 2016, which introduced a new defence against incrimination for VoTs compelled to commit some targeted criminal offences (including drug-related-offences). The proceedings before the ECHR notably involved the third-party interventions of several Anti-trafficking authorities and NGOs (GRETA, Anti-Slavery International, Liberty).

Consequently, if the case at hand can now be considered part of the history of UK anti-trafficking policy, its effects on other CoE Member States are likely to be disruptive, given the current low level⁵ of responsiveness of many national systems for what concerns VoTs identification practices and referral mechanisms.

⁴ See J. HAYNES, *The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary*, in *Statute Law Review*, Vol. 33, Issue 1/2016, p. 33-56.

⁵ See GRETA, *10th General Report on GRETA’s Activities*, 2021, in www.rm.coe.int

2.1. *The institutional implications of State Conventional obligations to identify and protect VoTs*

In its articulated reasoning, the Strasbourg Court delivered its most insightful interpretation to date of State positive obligations of protection under art. 4 ECHR. The most innovative aspects of the ECtHR decision can be found in the Court's concretization of the general duty to protect VoTs in clear procedural rules and in their active interposition between the victims and their criminal proceedings in the case at hand.

Operationalizing art. 4 ECHR

With regard to the first aspect, the decision clarified the influence of State obligations of effective protection of VoTs on the content of national administrative and institutional arrangements aimed at the recognition and assistance of victims. On the side of national response capacity, the emergence of victims is recognized as an intrinsically multi-agent process, which requires an adequate cooperation frame involving multiple governmental and non-governmental actors. The regulation and effective application of a national referral mechanism, consequently, is recognized by the Court as an intrinsic element of the operational duty to protect. Coming to the "who" of identification, the decision clarified the necessity of the integration in all referral procedures of *qualified subjects*, who must be charged of the official assessment of victim status. Furthermore, the judgment touched upon the question of the "how" of trafficking assessment, clarifying the standards of evaluation of trafficking victimhood/vulnerability to be adopted by competent authorities. These standards blend different legal frameworks and "levels of legality": the legal basis of the assessment is identified in the international definition of the *crime* of trafficking (art. 3 Palermo Protocol/art. 5 CoE Anti-Trafficking Convention), whose elements must nonetheless be ascertained following a *presumptive* rationale (*credible suspicion*), which, in turn, finds its epistemic basis in the detection of *indicators* of trafficking, often listed in *soft law* instruments and guidelines of non-governmental actors.

On the protection of trafficking victims in - and from - criminal proceedings

Coming to the application of the abovementioned operational obligations of protection in criminal justice matters, we can notice an impressive gap-filling work of the Strasbourg Court in the connection of the facultative

non-punishment clauses of art. 26 CoE Anti-Trafficking Convention with its art. 4 jurisprudence. What was often addressed⁶ as a weak prohibition in European criminal law was, on the contrary, declined in the case at hand as a human-rights-based limit to prosecution, as long as its violation coincides with a compromission of VoTs conventional guarantees of protection.

Under this perspective, the judgment clarified how criminal procedural rules are part and parcel of State response toward VoTs and are likely to undergo changes in order to gain compliance with Conventional obligations of protection. This can be inferred from the Court's statement that the identification of VoTs must be conducted (where possible) *before* the beginning of the prosecution: this reasonably seems to indicate the necessary *institutionalization* of a "victim-screening-phase", preliminary to the opening of criminal proceedings, to be activated where credible indicators of trafficking are present. Secondly, the judgment clarified the substantial and procedural conditions for an acceptable waiving of VoTs fair trial rights in the criminal sphere, excluding *a priori* the possibility of a full and free consent of victims to plea bargaining in cases where the preliminary identification has not been conducted. Third, the decision intervened on the breadth and scope of prosecutorial functions, reaffirming the autonomy of prosecutors in their evaluation of the evidence of victimhood and in their decisions to prosecute even where the accused is identified as a VoT. Nonetheless, any prosecutorial decision where indicators of trafficking are present is conditioned to an express motivation, based on the trafficking definition, aimed at examining the grounds that could indicate a foreseeable interference of the criminal proceedings with the individual's protection needs and to evaluate the public interest to prosecute.

Finally, the vulnerability of VoTs in criminal proceedings, and the absence of any obligation of self-identification upon them, are qualified by the Court as central elements of the victim's general interest of access to justice, thus excluding the fair nature of those trials where a VoT is prosecuted and/or convicted without a previous diligent assessment of his/her status.

⁶ See M. JOVANOVIĆ, *The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance*, in *Journal of Human Trafficking and Human Exploitation*, 1:1, 2017, pp. 41-76.

IL PRINCIPIO DI NON PUNIBILITÀ DELLA VITTIMA
DI TRATTA IN UNA RECENTE SENTENZA
DEL *TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA* DELLA CATALOGNA

Andrea Romano*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa e decisione. – 3. Commento. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Con sentenza del 2 novembre 2021¹, il *Tribunal Superior de Justicia* della Catalogna ha confermato l'assoluzione di una cittadina peruviana di 21 anni dal reato di traffico di stupefacenti in quanto vittima di tratta di esseri umani finalizzata al compimento di attività illecite. Al suo arrivo all'aeroporto di Barcellona, la donna era stata sottoposta ad un controllo radiologico addominale a seguito del quale era stata rinvenuta la presenza all'interno del suo organismo di 25 profilattici ripieni di cocaina. Processata per il delitto di traffico di stupefacenti di cui all'art. 368 del codice penale spagnolo, la donna è stata assolta dalla *Audiencia Provincial* di Barcellona, con sentenza del 22 giugno 2020², impugnata dalla Procura e ora confermata dal giudice d'appello.

Al fine di inquadrare la problematica giuridica su cui si è incentrata la decisione occorre precisare che l'art. 177 bis del codice penale spagnolo punisce la tratta degli esseri umani finalizzata, tra l'altro, al compimento di attività illecite. Inoltre, il comma 11 della stessa disposizione prevede una particolare clausola di non punibilità. In base ad esso, si prevede la non punibilità della vittima per i reati commessi nella situazione di sfruttamento. Al fine di attivare tale causa di non punibilità si richiedono due requisiti, per un verso, la partecipazione della vittima nei suddetti reati deve essere una conseguenza diretta della situazione di violenza, intimidazione, inganno o abuso a cui è stata sottoposta. Inoltre, è richiesta la sussistenza di una adeguata proporzionalità tra tale situazione e l'atto penalmente rilevante commesso.

* Profesor Lector "Serra Húnter" in Diritto Costituzionale, Università di Barcellona.

¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 2 novembre 2021, sentenza n. 7584/2021 ECLI:ES:TSJCAT:2021:7584, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

² Audiencia Provincial de Barcelona, 22 giugno 2020, sentenza n. 183/2020.

La dottrina in passato aveva evidenziato la difficile applicazione della norma in questione, evidenziando che un problema preliminare concerne il previo riconoscimento della vittima di tratta in quanto tale, che può avvenire in via amministrativa o giudiziaria. Fino ad ora non era pacifico se, in una situazione come quella del caso di specie, il giudice dovesse sospendere il processo in attesa della dichiarazione della persona quale vittima di tratta e, quindi, se tale dichiarazione avesse natura pregiudiziale rispetto al processo in corso. Inoltre, la dottrina aveva osservato alcuni problemi di applicazione della norma, tra cui la circostanza secondo cui la stessa condiziona l'esenzione della punibilità alla sottoposizione ad una situazione di previo sfruttamento, lasciando quindi fuori dall'ambito di operatività della disposizione la situazione delle vittime prima della fase di sfruttamento. In questo senso è stato osservato che «resulta incongruente con la propia definición de trata que se vincule la actividad delictiva directamente con la fase de explotación, puesto que esto supone dejar fuera todas aquellas posibles actividades que se realicen durante las fases anteriores a la explotación»³. In questa prospettiva, del resto, occorre ricordare che la configurazione del reato di tratta di esseri umani, a livello internazionale, europeo e nazionale, prescinde dalla realizzazione della finalità dello sfruttamento, essendo sufficiente in base al Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini (c.d. Protocollo di Palermo) la sussistenza degli elementi costitutivi della tratta, e cioè la condotta, i mezzi e lo scopo dello sfruttamento.

2. *Fatti di causa e decisione*

I fatti di causa sono ripercorsi dal Tribunale nei termini seguenti. Una rete criminale internazionale dedita al traffico internazionale di stupefacenti aveva adescato la donna, dopo che la stessa aveva pubblicato su *facebook* un annuncio in cui affermava di cercare lavoro urgentemente. La donna si trovava in uno stato di “estrema vulnerabilità” – espressione utilizzata ripetutamente dall'autorità giudiziaria spagnola – aveva da poco partorito un figlio e viveva in una abitazione in lamiera nei sobborghi di Lima in condizioni di

³ M. VALLE MARISCAL DE GANTE, *La víctima de trata como autora de delitos. Dificultades para la exención de su responsabilidad penal*, in *Revista Crítica penal y poder*, n. 19/2019, 19, p. 6; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Pamplona, 2011, pp. 474-477.

grave indigenza, come emerge dalle prove documentali depositate in giudizio. Successivamente alla pubblicazione dell'annuncio sul social network, l'organizzazione criminale aveva contattato la donna, offrendole del denaro in cambio del trasporto della sostanza stupefacente, che le veniva fatta ingerire mediante l'utilizzo di appositi farmaci, e fornendole un passaporto, il biglietto aereo e dei contanti.

Il *Tribunal Superior de Justicia* conferma la pronuncia del giudice di primo grado, approfondendo e sviluppandone gli argomenti. In particolare, interessa in questa sede isolare due problemi sui quali si è incentrata la decisione del giudice d'appello. Innanzitutto, nell'impugnare la sentenza dell'*Audiencia Provincial*, la Procura sosteneva che la dichiarazione della vittima di tratta dovesse realizzarsi nell'ambito di un apposito procedimento amministrativo *ad hoc*. Il Tribunale respinge tale censura, osservando che il codice penale nulla dice al riguardo. In particolare, e in ciò risiede l'aspetto di maggiore interesse della sentenza dal punto di vista del diritto spagnolo, il riconoscimento di una persona quale vittima di tratta può realizzarsi nell'ambito dello stesso procedimento penale relativo alla commissione di un illecito penale da parte della vittima di tratta, non rinvenendosi in alcuna norma la necessità di un riconoscimento previo a tale giudizio e tantomeno che tale riconoscimento abbia natura pregiudiziale rispetto al procedimento penale in questione. Al riguardo, il giudice richiama alcune decisioni del *Tribunal Supremo* che nell'ambito di un diverso procedimento – attinente alla revisione di una sentenza di condanna emessa nei confronti di una vittima di tratta – non escludono la possibilità che il riconoscimento della persona quale vittima di tratta avvenga nel contesto del procedimento penale stesso (cfr. punto 7 della decisione). Inoltre, il giudice spagnolo svolge importanti considerazioni circa *l'id quod plerumque accidit* nei reati di tratta. Al riguardo, osserva che abitualmente l'identificazione della persona quale vittima di tratta avviene dopo la commissione del delitto e senza che gli autori del reato di tratta vengano perseguiti. In particolare, il Tribunale ricorda che raramente l'amministrazione identifica le persone in tali casi quali vittime di tratta e che il lasso di tempo intercorrente tra il reclutamento e lo sfruttamento è di solito piuttosto breve. Pertanto, se si rigettasse la possibilità della dichiarazione giudiziaria di vittima di tratta nel procedimento penale instaurato contro la stessa vittima di tratta autore del reato «se haría inviable o al menos les dificultaríamos enormemente a estas víctimas acudir a un recurso de revisión para anular la condena, que, de esta manera con la prueba pertinente puede evitarse, y analizarse en el juicio».

Inoltre, chiarita la possibilità di attivare la clausola di non punibilità pre-

vista dall'art. 177 bis, comma 1, del codice penale spagnolo, il giudice passa ad esaminare se nel caso di specie è possibile riconoscere l'autrice del reato quale vittima di tratta. Al riguardo, la sentenza richiama due norme di fondamentale importanza che riconoscono il principio di non punibilità della vittima di tratta, vale a dire l'art. 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (Convenzione di Varsavia) che riconosce il principio di non punibilità delle vittime di tratta e l'art. 8 della direttiva 2011/36 che facoltizza gli Stati membri a prevedere la non perseguibilità – oltretutto la non punibilità – delle vittime di tratta. Al fine di qualificare la persona quale vittima di tratta, la decisione si basa tanto sulle dichiarazioni e le prove documentali della vittima quanto sul rapporto della ONG SICAR.cat che aveva proceduto alla identificazione formale della vittima di tratta, successivamente alla sua detenzione presso l'aeroporto catalano. Alla luce di tale materiale probatorio, il giudice conferma la sussistenza degli elementi costitutivi della tratta, e cioè la condotta (il reclutamento), i mezzi (e cioè l'impiego di inganno, l'abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità) e lo scopo (lo sfruttamento finalizzato al compimento di attività illecite).

In particolare, il Tribunale si concentra sulla questione dello sfruttamento che, come evidenziato dalla dottrina, è di difficile prova in casi come quello in esame, e che secondo la Procura non si era realizzato. Al contrario, il giudice spagnolo afferma l'esistenza di una fase di sfruttamento, nonostante la sua brevità, dal momento che l'intera fase della tratta si svolge tra il momento dell'annuncio pubblicato su *facebook*, il 6/7 agosto e il successivo arrivo a Barcellona l'11 agosto. Si può osservare che sul punto la motivazione appare estremamente succinta e sarebbe stato forse opportuno un maggiore approfondimento circa le ragioni per cui ritiene sussistere il requisito dello sfruttamento richiesto dalla norma. Il giudice prosegue nell'analisi rilevando che ricorre la situazione di abuso che «va intrinsecamente ligada a la declaración de que es una persona en estado de vulnerabilidad». Al fine di definire la vulnerabilità, la decisione richiama l'art. 177, comma 1 del codice penale spagnolo secondo cui sussiste una situazione di necessità o vulnerabilità quando la persona in questione non abbia altra alternativa reale o accettabile che sottomettersi all'abuso.

Al riguardo, la sentenza approfondisce le circostanze di fatto che permettono di affermare l'abuso della persona in una situazione di vulnerabilità e, pertanto, l'inesistenza di una alternativa reale o accettabile nel caso di specie. La sentenza, quindi, osserva come l'organizzazione criminale abbia approfittato della condizione di estrema indigenza della donna nella fase del reclu-

tamento e come abbia mantenuto il controllo della stessa a partire da tale fase («*que en esta fase de explotación es sometida a todo tipo de control personal*»), che costituisce la cifra delle organizzazioni criminali dedite alla tratta.

Infine, la pronuncia si sofferma sulla sussistenza dell'ultimo requisito richiesto dall'art. 177 bis, comma 11, vale a dire la proporzionalità tra la situazione della vittima di tratta e il delitto commesso. Quale criterio valutativo per accertare l'esistenza della proporzionalità la decisione introduce la comparazione tra il trattamento punitivo previsto dal reato per cui la vittima di tratta si trova incriminata, nel caso di specie il traffico di stupefacenti, e il reato di tratta degli esseri umani, osservando che la pena detentiva del primo è inferiore rispetto a quella prevista per il secondo. Pertanto, procede a confermare la sentenza di assoluzione.

3. *Commento*

La decisione del giudice spagnolo desta interesse sotto diversi profili. Il primo è stato già evidenziato ed è interno all'ordinamento spagnolo, trattandosi di una sentenza innovativa che supera le difficoltà evidenziate in dottrina rispetto all'applicabilità della suddetta causa di non punibilità, richiamate in precedenza. Si tratta di una decisione che potrebbe costituire un importante precedente e sarà pertanto di grande interesse seguire gli sviluppi della giurisprudenza spagnola sul punto. La tratta per sfruttamento finalizzato al compimento di attività illecite presenta gravi problemi di identificazione e il fenomeno, evidentemente, trascende il problema dei corrieri della droga (sul cui fenomeno merita di essere visto il film *Maria, llena eres de gracia*⁴) riguardando altri tipi di costrizione al compimento di attività criminali⁵. Peraltro, la stessa natura della clausola di non punibilità prevista dall'art. 177, comma 11 è discussa, e mancherebbe chiarezza riguardo ai limiti di applicabilità della norma tra gli operatori giuridici, come rilevato in uno studio empirico⁶. Finora, sembra che lo strumento giuridico utilizzato dalle vittime

⁴ *María, llena eres de gracia*, film diretto da Joshua Marston, 2004 (Colombia).

⁵ Cfr. C. VILLACAMPA, M.J. GÓMEZ, C. TORRES, *Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?*, in *European Journal of Criminology*, n. 7/ 2021 per alcuni dati riguardo all'incidenza di tali forme di sfruttamento in Spagna.

⁶ Cfr. C. VILLACAMPA, *Trafficking in Human Beings for criminal exploitation from the perspective of victims and professionals*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, n. 3/2019, pp. 23-24.

consistesse nella revisione della sentenza di condanna, previo l'esperimento del procedimento amministrativo di identificazione della persona in quanto vittima di tratta. La sentenza in commento, quindi, anticipa l'azione di riconoscimento e protezione statale, riunendo nel provvedimento giudiziario il riconoscimento della persona quale vittima di tratta e la sua assoluzione. Nonostante l'importanza della sentenza, alcuni dei suoi passaggi richiedono un approfondimento ulteriore. Rispetto all'abuso della situazione di vulnerabilità da parte dell'organizzazione nei confronti della vittima, la decisione si concentra sulle condizioni di estrema povertà di quest'ultima; al riguardo, si può aggiungere che un ulteriore fattore che permette l'abuso da parte dei trafficanti sulla vittima riguarda la minaccia di ritorsioni non solo nei confronti della stessa ma anche nei confronti dei suoi familiari, ciò che spesso rappresenta uno strumento rilevante attraverso cui le organizzazioni criminali, a partire dalla fase del reclutamento, mantengono il controllo della vittima (cfr. al riguardo le Linee guida no. 7 sulla tratta di UNHCR)⁷.

Inoltre, con riferimento all'esistenza della clausola di non punibilità quale riflesso degli standard internazionali ed europei⁸ si può notare che il passaggio argomentativo dell'autorità giudiziaria spagnola è estremamente breve, e lo stesso principio di non punibilità nel quadro internazionale non viene citato in quanto tale, limitandosi la decisione a richiamare le norme della Convenzione di Varsavia e della direttiva 2011/36 summenzionate; inoltre, la decisione non richiama la più recente giurisprudenza della Corte EDU relativa al principio di non punibilità e, in particolare, la sentenza *V.C.L. & A.N. v. Regno Unito* del febbraio scorso che avrebbe contribuito a rafforzare l'argomentazione del Tribunale e la rilevanza della clausola di non punibilità in questione.

Più in generale, la sentenza dischiude alcuni problemi di sistema, quali il legame tra il riconoscimento giudiziale della persona quale vittima di tratta, da un lato, e l'attivazione delle necessarie misure di sostegno alla vittima così come la possibilità di accedere ad un permesso di soggiorno su cui occorrerà offrire risposte in futuro. D'altro canto, è probabile che la sentenza non costituirà l'ultima parola sul problema, e non è difficile immaginare una nuova

⁷ Linee guida di protezione internazionale, *L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta*, https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/197/2020/07/linee_guida_protezione_int.pdf.

⁸ Su cui cfr. *amplius* R.W. PIOTROWICZ, L. SORRENTINO, *Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle*, in *Human Rights Law Review*, 2016.

impugnazione da parte della Procura dinnanzi al *Tribunal Supremo*. Occorrerà quindi seguire l'evoluzione della giurisprudenza spagnola per capire se la decisione verrà confermata, se resterà un caso isolato e se il *Tribunal Supremo*, nel caso di impugnazione, sistematizzerà le questioni affrontate dal *Tribunal Superior de Justicia*.

In secondo luogo, la decisione si iscrive in un quadro di crescente attenzione rispetto alla rilevanza del principio di non punibilità, del quale nel contesto europeo, l'esempio più significativo è rappresentato dalla recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *V.C.L. contro Regno Unito*⁹, in un caso avente ad oggetto la situazione di cittadini vietnamiti minorenni costretti coltivazione di cannabis nel Regno Unito. La sentenza della CEDU ha ricondotto il principio di non punibilità nell'alveo degli obblighi positivi che, secondo la giurisprudenza costante della Corte (a partire dalla sentenza *Rantsev v. Cyprus and Russia*), derivano dall'art. 4 della Convenzione in materia di tratta degli esseri umani. Al riguardo ha affermato che seppur l'art. 4 non possa fondare, in via generale, un divieto per gli Stati parte della Convenzione di perseguire penalmente le vittime di tratta, in presenza di determinate circostanze tale disposizione può al contrario fondare l'obbligo di adottare misure operative per proteggere le vittime di tratta, la cui mancata adozione, pertanto, determina una violazione della Convenzione. Tali circostanze, secondo la Corte, ricorrono qualora le autorità siano al corrente, o avrebbero dovuto esserlo, di circostanze tali da determinare un credibile sospetto che la persona sia stata vittima di tratta o sia a rischio di diventarlo. In particolare, sembra comune ad entrambe le pronunce la valorizzazione dell'attività di identificazione precoce delle vittime di tratta e l'importanza degli indicatori di tratta quali "trigger" per l'avvio dei colloqui con le potenziali vittime di tratta. Nella sentenza del giudice spagnolo viene attribuita particolare rilevanza all'attività dell'organizzazione non governativa che, in collaborazione con le autorità catalane, ha proceduto alla identificazione della persona quale vittima di tratta essendo emersi indicatori di tratta e alla redazione di apposita relazione, considerata – per contro – non sufficiente dalla Procura. Dal canto suo, la sentenza della Corte EDU evidenzia la necessità della "early identification" delle potenziali vittime di tratta, attività definita "of paramount importance". Tale assunto è stato ribadito più di recente an-

⁹ Corte EDU, sentenza del 16 febbraio 2021, *V.C.L. and A.N. v. the United Kingdom*, ric. n. 77587/12 e 74603/12 su cui cfr. F. MORESCO, *More than a "credible suspicion": the prosecution of trafficking victims challenges States' operational duty to protect under art. 4 ECHR*, in *ADiM Blog*, Case law Commentary, July 2022.

che nella relazione dello Special Rapporteur sulla tratta secondo cui «Early identification and prompt assessment by trained and qualified individuals is essential to ensuring the effective implementation of States' obligations of non-punishment»¹⁰.

4. Considerazioni conclusive

Oltre ai profili già segnalati, la sentenza è rilevante anche in prospettiva comparata, atteso che nell'ordinamento italiano non è stato recepito il principio di non punibilità di cui all'art. 8 della direttiva 2011/36 e non è presente una norma analoga a quella prevista dal codice penale spagnolo. Ne deriva un vuoto normativo la cui rilevanza è stata osservata in più sedi. Il Piano d'azione nazionale antitratta, elaborato nel seno del Dipartimento Pari Opportunità, ha al riguardo evidenziato che «Le persone vittime di tratta non dovranno essere soggette ad azioni detentive, persecuzioni e ammende a causa del soggiorno irregolare nel paese o per la partecipazione ad attività illegali risultanti dalla loro esperienza di tratta. Conformemente alla legislazione penale nazionale, “occorrerebbe quindi considerare l'applicabilità di cause di non punibilità per i reati commessi quale conseguenza della coercizione subita durante l'esperienza di tratta”» (corsivo aggiunto)¹¹. Inoltre, nel rapporto del Group of Experts on Action Against Trafficking in Human Beings (GRETA)¹² si osserva la possibilità di applicare la causa di giustificazione dello stato di necessità, prevista dall'art. 54 del codice penale. Tuttavia, *mutatis mutandis*, così come nel caso spagnolo lo stesso rapporto GRETA evidenzia problemi applicativi nel caso in cui lo sfruttamento non sia provato. Infine, il Parlamento europeo, nella Risoluzione del 12 maggio 2016 sull'attuazione della direttiva 2011/36, ha sollecitato «una migliore attuazione e un migliore monitoraggio dell'articolo 8 della direttiva 2011/36/UE, in modo da assicu-

¹⁰ UN HRC, *Implementation of the non-punishment principle. Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Siobhán Mullally*, 17 maggio 2021, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_47_34_E.pdf.

¹¹ Meccanismo Nazionale di Referral per le Persone Trafficate in Italia, p. 62, <http://www.pariopportunita.gov.it/wp-content/uploads/2017/12/allegato-1-meccanismo-nazionale-referral.pdf>.

¹² Group of Experts on Action Against Trafficking in Human Beings, (GRETA), 25 gennaio 2019, https://www.osservatoriointerventitratta.it/wp-content/uploads/2019/01/GRETA_2018_28_FGR_ITA.pdf.pdf.

rare che non siano avviate azioni penali e non siano applicate pene o sanzioni penali alle vittime della tratta di esseri umani, e sottolinea che ciò include il mancato esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone che praticano la prostituzione e la mancata applicazione di pene o sanzioni penali per l'ingresso o il soggiorno irregolari nei paesi di transito e di destinazione»¹³.

Come si vede, l'opportunità di un intervento legislativo sul punto volto a colmare il vuoto normativo in materia di non punibilità è stata richiamata in sede nazionale, europea ed internazionale. Tale intervento dovrebbe tener conto dei tre rilievi in proposito formulati dall'OSCE. In primo luogo, l'importanza del principio di non punibilità risiede nell'esigenza di non colpevolizzare le vittime per reati da attribuirsi ai loro trafficanti e che non avrebbero commesso se non fossero state vittime di tratta. In secondo luogo, l'avvio di procedimenti penali contro le vittime di tratta «può equivalere alla persecuzione delle vittime da parte dello Stato», dal momento che non riconoscendo le vittime in quanto tali «ne estremizza la vittimizzazione e il trauma imponendo a tali persone sanzioni ingiuste, imposte dallo Stato». Infine, in una prospettiva generale, l'applicazione di sanzioni penali nei confronti delle vittime alimenta il fenomeno della tratta, «dissuadendo le vittime di tratta dal fornire prove contro i loro trafficanti e consentendo ai trafficanti di esercitare un controllo ancora maggiore sulle loro vittime»¹⁴.

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 maggio 2016 sull'attuazione della direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime da una prospettiva di genere (2015/2118(INI)) Parlamento europeo, (2015/2118(INI)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0227&from=IT>. Cfr. anche la più recente Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sull'attuazione della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (2020/2029(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0041_IT.html.

¹⁴ OSCE/ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Being, <https://www.osce.org/files/f/documents/6/6/101002.pdf>, p. 10 (trad. dell'autore). Al riguardo, più di recente, cfr. anche la relazione dello Special Rapporteur, citata in nota 2, spec. p. 3.

DAI PORTI CHIUSI AI PORTI SOCCHIUSI:
NUOVE SANZIONI PER LE NAVI SOCCORRITRICI
NEL DECRETO LAMORGESE

Stefano Zirulia*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'interdizione navale dal "Decreto sicurezza-bis" al "Decreto Lamorgese". – 2. I nuovi divieti di transito e sosta nelle acque territoriali e le relative sanzioni penali. – 3. La clausola di salvaguardia per le operazioni di soccorso in mare. – 4. Bilancio provvisorio.

1. *Introduzione: l'interdizione navale dal "Decreto sicurezza-bis" al "Decreto Lamorgese"*

Circa un anno fa, intervenendo su *ADiM Blog*¹, mettevamo in evidenza le criticità del c.d. Decreto sicurezza-bis (d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. con modif. in legge 8 agosto 2019, n. 77), varato dal primo Governo Conte nell'estate 2019 allo scopo di dotare di una base legale e di un (severo) presidio sanzionatorio la "politica dei porti chiusi", ossia le misure ministeriali volte a limitare il trasporto sul territorio italiano di migranti soccorsi in acque internazionali. L'intervento riformatore aveva infatti aggiunto all'art. 12 del Testo Unico immigrazione il comma 6-bis, che prevedeva la sanzione amministrativa da 150.000 a 1 milione di euro, nonché il sequestro e la confisca obbligatoria dell'imbarcazione, nei confronti del comandante della nave (esclusi i natanti militari e quelli in servizio governativo non commerciale) che avesse violato il divieto di ingresso, transito o sosta nel mare territoriale disposto, ai sensi dell'art. 11, comma 1-ter T.U. imm. (introdotto nella medesima occasione), dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri.

Durante il secondo Governo Conte tale disciplina era rimasta di fatto inapplicata, ed anzi la "politica dei porti chiusi" pareva superata in favore di una prassi, tutto sommato virtuosa, di concessione del porto sicuro alle

* Ricercatore RTD-B di diritto penale, Università degli Studi di Milano.

¹ S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: una riforma è urgente (benché l'arma sia ormai spenta)*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, febbraio 2020.

ONG che si affacciavano alle acque territoriali nostrane, ancorché preceduta da negoziati con altri Stati membri per il ricollocamento dei migranti sbarcati. Su questo scenario, verso la fine del 2020, si è innestato il c.d. Decreto Lamorgese (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. in l. 18 dicembre 2020, n. 173), che pur abrogando le norme introdotte dal Decreto sicurezzabis, ha contestualmente previsto un nuovo meccanismo di interdizione navale attivabile dal Ministro dell'Interno nei confronti di eventuali soccorritori indesiderati, presidiato da sanzioni di natura penale². Nel complesso, dunque, la novella rappresenta l'ennesima manifestazione di politiche migratorie che – come di recente evidenziato dalla Commissaria per i diritti umani Dunja Mijatović³ – puntano alla protezione delle frontiere attraverso l'ostruzione delle attività di *search and rescue* condotte dalla società civile, e più specificamente dalle ONG che operano lungo la rotta del Mediterraneo Centrale. Sebbene non manchino, come si vedrà nel prosieguo, timidi segnali di progresso rispetto alla disciplina previgente, l'impressione – condivisa anche dai primi commentatori⁴ – è che il legislatore non abbia avuto il coraggio di voltare davvero pagina.

2. *I nuovi divieti di transito e sosta nelle acque territoriali e le relative sanzioni penali*

L'art. 1, comma 2 del decreto legge n. 130/2020, come modificato in sede di conversione, stabilisce anzitutto che «per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (...) il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il

² Per un articolato commento, v. A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pisa, 2021, pp. 99 ss.

³ COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *A distress call for human rights. The widening gap in migrant protection in the Mediterranean. Follow-up report to the 2019 Recommendation*, March 2021.

⁴ 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*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, pp. 87 ss.

transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale». Risultano dunque parzialmente modificati i presupposti che legittimano l'adozione del provvedimento di interdizione navale, ora rappresentati dai soli "motivi di ordine e sicurezza pubblica", e non più anche – come prevedeva l'abrogato comma 1-ter dell'art. 11 T.U. imm. – dalle ipotesi di trasporto di stranieri irregolari di cui all'art. 19, par. 2, lett. g) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. L'eliminazione del riferimento espresso al contesto migratorio potrebbe essere tuttavia compensata da un'interpretazione estensiva della formula "motivi di ordine e sicurezza pubblica", che pur essendo a rigore riferita alla prevenzione di reati, potrebbe occasionalmente fornire una base legale ai provvedimenti volti ad impedire l'ingresso di navi che trasportano stranieri irregolari (si pensi all'argomento, tutt'altro che infrequente tra le forze dell'ordine ed i relativi vertici, secondo cui tra i *boat migrants* potrebbero nascondersi potenziali terroristi).

Anche la cancellazione del riferimento al divieto di *ingresso*, al netto dei profili di diritto della navigazione⁵ che potrebbero averla giustificata, appare influente sui poteri ministeriali di controllo dei flussi migratori, posto che i residui divieti di *transito* e *sosta* consentono di raggiungere lo scopo ultimo di interdizione navale e diniego di porto sicuro. La terza novità rinvenibile in questo primo periodo della nuova previsione ha carattere procedimentale e riguarda l'informazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, che deve ora necessariamente *precedere* l'adozione del provvedimento interdittivo.

Come già anticipato, per i trasgressori dei provvedimenti in parola è prevista, in luogo delle abolite sanzioni amministrative, una nuova fattispecie delittuosa, così formulata: «Nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione e la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000». Si tratta di una tecnica di incriminazione insolita, ottenuta mediante il richiamo ad una figura di reato che altrimenti non risulterebbe applicabile alle ipotesi in esame (l'art. 1102 cod. nav., che punisce con la reclusione fino a due anni e la multa fino a 516 euro la violazione di limiti e divieti di navigazione imposti dal Ministro dei trasporti) e contestualmente prevedendo un'autonoma e assai più severa cornice edittale per quanto attiene alla pena pecuniaria. Si tratta di un equilibrismo legislativo verosimilmente finalizzato a prevenire (o più

⁵ Cfr. E.G. ROSAFIO, *Prime osservazioni in materia di immigrazione via mare a seguito dell'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.

realisticamente stemperare) le prevedibili critiche in ordine ai rischi di (ulteriore) criminalizzazione delle attività di soccorso in mare⁶: da un lato si è voluto evitare di introdurre una norma incriminatrice *ad hoc*, preferendo “appoggiarsi” su una fattispecie già esistente (l’art. 1102 cod. nav.); dall’altro lato, si è comunque scelto di predisporre un trattamento sanzionatorio di più sicuro effetto deterrente, rappresentato da una pena pecuniaria di quasi cento volte superiore nel massimo a quella prevista dal codice della navigazione (e di fatto coincidente con l’importo previsto da Decreto sicurezza-bis nella versione precedente alla conversione in legge).

3. *La clausola di salvaguardia per le operazioni di soccorso in mare*

Allo scopo di prevenire le situazioni di stallo navale e privazione della libertà personale dei migranti che avevano contrassegnato la stagione dei “porti chiusi”, lo stesso art. 1, comma 2 del decreto-legge n. 130/2020 contempla una “clausola di salvaguardia” specificamente rivolta ai comandanti di imbarcazioni che hanno condotto operazioni di *search and rescue*.

La prima parte della clausola prevede che «Le disposizioni del presente comma non trovano comunque applicazione nell’ipotesi di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare (...)». Malgrado la formulazione in negativo, tipica delle esimenti o delle cause di non punibilità in senso stretto, la norma appare piuttosto finalizzata ad escludere la sussistenza del potere ministeriale di interdizione navale ogniqualvolta *a)* le autorità marittime nazionali siano state tempestivamente informate in ordine all’inizio dell’attività di soccorso e *b)* tale attività sia stata condotta nel rispetto delle istruzioni impartite dalle autorità medesime. Si tratta di condizioni che potranno essere accertate anche dal giudice penale in sede di giudizio sul delitto poc’anzi esaminato, attraverso il sindacato *incidenter tantum* sulla legittimità dell’atto amministrativo-presupposto. Ergo, laddove quest’ultimo sia stato emanato nonostante la presenza di entrambe le condizioni *a)* e *b)*, non resterà al giudice che disapplicarlo e dichiarare l’insussistenza del reato.

La seconda parte della clausola in esame precisa che le istruzioni delle

⁶ Sul punto cfr. il documento di ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, in www.asgi.it, 4.11.2020.

autorità di frontiera devono essere «emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo». Tali precisazioni, ancorché a rigore pleonastiche (in quanto meramente ricognitive di obblighi internazionali aventi altrove la propria fonte), appaiono opportune nella misura prevenendo eventuali dubbi esegetici in ordine al carattere non vincolante di istruzioni dello Stato costiero incompatibili con i richiamati strumenti di diritto internazionale: si pensi, per citare ipotesi nient'affatto ignote alle cronache, all'ordine di astenersi dall'operare un soccorso in ragione dell'imminente intervento delle autorità libiche; o ancora all'ordine di condurre i migranti verso un luogo che non presenti i requisiti per essere qualificato *place of safety*. La disobbedienza a tali illegittime istruzioni non potrà pertanto fondare l'adozione dei divieti di transito o sosta, che dunque a loro volta non potranno venire in rilievo quali presupposti di responsabilità penale. È chiaro che allo stesso risultato si sarebbe potuti pervenire attraverso la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere (art. 51 cod. pen.), opportunamente integrata attraverso la disciplina ricavabile dai medesimi strumenti di diritto internazionale, secondo le cadenze indicate in maniera cristallina dalla Corte di Cassazione nella sentenza sul caso *Sea Watch - Rackete*⁷, che in questa sede non è possibile ripercorrere nel dettaglio⁸. Nondimeno, considerate le incertezze interpretative (e le tensioni politiche) che attraversano la materia in esame, la scelta del legislatore di sgombrare in radice il campo da eventuali dubbi appare comunque opportuna. Senz'altro meno opportuno, invece, è l'inciso posto a chiusura del periodo in esame, che richiama il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale

⁷ Cass. pen., sez. III, sentenza del 16 gennaio 2020, n. 6626. Tra i commenti, v. L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione giustizia*, 26 febbraio 2020; nonché, volendo, C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, pp. 659 ss.

⁸ Sul punto v. anche A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, cit., p. 109, che, con riferimento all'ipotesi in cui le istruzioni delle autorità di frontiera risultino incompatibili con l'obbligo di sbarco in un porto sicuro, ritengono vi sarebbe spazio per applicare una causa di giustificazione generale, quale ad esempio l'art. 52 c.p. nella forma del soccorso difensivo a vantaggio dei migranti.

organizzata per combattere il traffico illecito di migranti: oltre che evidentemente privo di qualsivoglia portata precettiva, il richiamo al Protocollo di Palermo sullo *smuggling*, recante obblighi di incriminazione del traffico di migranti compiuto a scopo di lucro e di cooperazione giudiziaria per la sua repressione, finisce per alimentare, fornendogli un addentellato nel diritto positivo, quella narrazione tanto diffusa quanto fuorviante che tende a porre in relazione le doverose condotte di soccorso in mare con le attività delle organizzazioni criminali.

4. *Bilancio provvisorio*

Come già osservato in apertura, il mantenimento del potere ministeriale di interdizione navale introdotto dal Decreto sicurezza-bis, corredato da severe sanzioni di natura penale, appare di per sé censurabile sotto il profilo delle valutazioni assiologiche sottese alle scelte di politica migratoria e criminale: forse in ragione dell'instabilità della maggioranza (all'epoca) al Governo; forse per non offrire argomenti alle forze politiche che cavalcano la paura dell'"invasione" dei *boat migrants*; forse ancora per dimostrare all'Europa un atteggiamento inflessibile verso chiunque tenti di favorire i flussi irregolari; fatto sta che un'ancora una volta si è scelto di assecondare l'idea distorta secondo cui, almeno occasionalmente, l'ordine pubblico connesso al controllo delle frontiere possa prevalere sulla tutela di diritti fondamentali quali la libertà personale, l'integrità psico-fisica o ancora il diritto a richiedere asilo.

Tuttavia, non mancano, come già accennato, alcuni aspetti che meritano un giudizio meno severo. Già si è detto in ordine all'utilità pratica della "clausola di salvaguardia" per le operazioni SAR, che dovrebbe facilitare l'accertamento della (non) sussistenza degli estremi del reato nei confronti dei comandanti delle navi soccorritrici. Proprio con riguardo al ruolo dell'interprete, anche la trasformazione dell'illecito amministrativo in illecito penale potrebbe essere, paradossalmente, salutata come positiva⁹: fermo restando, infatti, che la singolare severità delle precedenti sanzioni amministrative (lo ricordiamo: fino a 1 milione di euro di multa e confisca obbligatoria dell'imbarcazione) le rendeva sostanzialmente equiparabili a sanzioni penali in punto di capacità afflittiva (e dunque di *chilling effect* rispetto alle iniziative dei soccorritori), la riforma in esame sgombra il campo ad ogni ambiguità e investe dell'accertamento un soggetto indipendente dal potere esecutivo,

⁹ In questo senso anche F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., p. 104 s.

che sarà chiamato a dare applicazioni, *mutatis mutandis*, ai principi enucleati dalla richiamata pronuncia della Cassazione sul caso *Rackete*.

È troppo presto, chiaramente, per un bilancio sugli effetti dalla riforma nella gestione degli sbarchi in Italia. Ad oggi, del resto, non risulta siano stati ancora emessi divieti ministeriali di transito e sosta. È possibile, inoltre, che le norme esaminate siano destinate a ricevere scarsissima applicazione (similmente a quelle che le hanno precedute) e che la loro funzione rimanga più che altro simbolica. La vera partita del contrasto al trasferimento di naufraghi *sans papiers* verso le coste italiane potrebbe invece continuare a giocarsi sul fronte dei procedimenti per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare *ex art. 12 T.U. imm.* (si pensi al recente avviso di conclusione delle indagini preliminari emesso dalla Procura di Palermo nel procedimento nei confronti dell'equipaggio della *Juventa*); o ancora sul versante delle misure di fermo amministrativo più o meno pretestuosamente applicate alle navi delle ONG attraccate nei porti nostrani (come di recente accaduto alla *Sea Watch 3*, fermata in ragione di allegate carenze in materia di sicurezza a bordo e tutela ambientale¹⁰). Ad oggi, dunque, i porti italiani non possono dirsi né completamente chiusi, né tantomeno aperti; potrebbero forse definirsi “sochiusi”, come risultato della scelta – per ora perpetuata anche dalla nuova maggioranza allargata – di mantenere un atteggiamento di diffidenza rispetto alle attività di *search and rescue*, adattabile alle mutevoli direzioni nelle quali soffiano i venti della politica italiana ed europea.

¹⁰ La notizia è riportata da N. SCAVO, *Nuovo fermo amministrativo per la Sea Watch 3. Trasportava “troppi” naufraghi*, in *Avvenire*, 22.3.2021.

L'ASSISTENZA UMANITARIA DELLE ONG SOTTO INCHIESTA

Salvatore Orlando*

SOMMARIO: 1. Dal testo al contesto: l'aggiornamento di FRA sulle operazioni SAR delle ONG... – 2. ...e dal contesto al testo: la Comunicazione della Commissione europea sulla Direttiva contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (2020/C 323/01). – 3. Ancora in *varietate discordia* o verso un cambio di paradigma?

1. *Dal testo al contesto: l'aggiornamento di FRA sulle operazioni SAR delle ONG...*

Delle trentatré imbarcazioni appartenenti alle Organizzazioni non governative (ONG), variamente coinvolte nelle operazioni di *Search and Rescue* (SAR) nel Mar Mediterraneo, e censite dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), ben ventitré sono state oggetto di almeno un procedimento giudiziario da parte delle autorità dei Paesi membri. Si consideri, inoltre, che delle dieci imbarcazioni immuni da procedimenti giudiziari, ben sette hanno interrotto le loro operazioni di assistenza umanitaria in alto mare almeno da ottobre 2019¹. Le rimanenti tre – non ancora destinatarie di alcuna particolare *attenzione* da parte delle autorità giudiziarie – hanno iniziato ad operare non prima dello scorso maggio 2020². Altre ricerche confermano, infine, che le azioni giudiziarie e le indagini penali in dieci Stati membri nei confronti di individui – volontari, difensori dei diritti umani, equipaggi di ONG – ammontano a circa sessanta, tra il 2015 e il 2019, con un picco di casi nel 2018³.

* Dottore di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

¹ Cfr. FRA, *June 2021 Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights*, 18 giugno 2021. Il nuovo documento di aggiornamento del dicembre 2021 fotografa la stessa situazione, evidenziando altresì il ricorso a forme di finanziamento a favore della guardia costiera libica per bloccare i flussi migratori: cfr. *Autorizzazione e proroga missioni internazionali nell'anno 2021*, approvata dalla Camera dei deputati con risoluzione n. 6/00194 del 15 luglio 2021.

² *Idem*.

³ *Research Social Platform on Migration and Asylum (ReSOMA), Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, giugno 2019.

Il quadro descritto e brevemente sintetizzato dal documento di aggiornamento del FRA, pubblicato a giugno 2021, ci avverte di un aspetto non più trascurabile: le ONG operano in un contesto giuridico ostile, che – sull’altare della lotta al traffico di migranti – ne ostacola il perseguimento delle finalità umanitarie.

I dati illustrati, tuttavia, possono anche essere interpretati nel senso di ritenere sempre più forte la *domanda* di assistenza umanitaria, a cui consegue quindi un aumento di *offerta*: da qui, il naturale proliferare di ONG che si sono impegnate, nonostante le forti resistenze dell’Unione europea e dei suoi Stati membri, a predisporre equipaggi e imbarcazioni destinate ad operare nelle zone SAR del Mar Mediterraneo.

Si assiste, pertanto, ad una *ambivalenza* tra il *contesto*, che spinge verso l’incremento di operazioni di soccorso a beneficio di migranti in pericolo di vita in alto mare, e il piano *normativo*, che invece non chiarisce in modo definitivo i limiti dell’assistenza umanitaria rispetto all’integrazione del delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, di cui al *Facilitator Package* (i.e. Direttiva 2002/90/CE volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali e la Decisione Quadro 2002/946/GAI relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali).

Da detta ambivalenza, che porta con sé gravi incertezze giuridiche e il timore delle ONG di ripercussioni penali e amministrative, è germinata, in particolare in Italia, la nota stagione dei “porti chiusi” (e, poi, “socchiusi”⁴), i cui effetti collaterali sono ben riassunti nel documento di aggiornamento di FRA. Quest’ultimo elenca, nel proprio *Annex*, più di venti imbarcazioni delle ONG, che, in varie occasioni, sono state costrette a navigare fuori dalle acque territoriali per un periodo superiore alle 24 ore in cerca in un “luogo sicuro” in cui potere sbarcare i naufraghi soccorsi in alto mare. L’elenco ci restituisce l’immagine di un periodo politicamente instabile, che, ripercuotendosi “sulla pelle dei migranti”, ha spinto verso la criminalizzazione ed emarginazione delle ONG impegnate nei soccorsi in alto mare.

L’assunzione del compito di un “soccorso civile” in mare ha, d’altronde, esposto le ONG – spregiativamente etichettate come “taxi del mare” – a una dura reazione istituzionale per il ruolo di supplenza nell’esercizio di quelle funzioni propriamente amministrative – come il controllo delle frontiere e dei flussi migratori – che spetterebbero, in linea teorica, allo Stato.

⁴ S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021.

2. ...e dal contesto al testo: la Comunicazione della Commissione europea sulla Direttiva contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (2020/C 323/01)

Il *contesto* narrato dovrebbe essere integrato dal ruolo sia della Guardia costiera libica, che pattuglia le coste africane, che delle navi mercantili, chiamate ad intervenire in soccorso di migranti in pericolo di naufragio in alto mare, o ancora dal fenomeno, non di recente emersione ma di indubbia 'esplosione', degli *sbarchi fantasma*: si tratta, a mio avviso, di alcuni *effetti collaterali* delle politiche securitarie di contrasto al traffico di migranti e della relativa criminalizzazione dell'assistenza umanitaria che ha interessato i Paesi rivieraschi europei.

Quest'ultimo aspetto si inserisce di diritto all'interno della controversa questione relativa all'interpretazione da fornire alla Direttiva sul favoreggiamento, che dispone l'adozione da parte degli Stati membri di adeguate sanzioni «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri» (Art. 1, par. 1, lett. a), e, al contempo, al successivo par. 2 prevede la *possibilità di non adottare* sanzioni nei confronti di comportamenti che mirano proprio a prestare ai migranti assistenza umanitaria.

Sono essenzialmente due gli aspetti più salienti della rigida disciplina repressiva e sono ricollegabili: a) all'assenza del requisito – in funzione di dolo specifico – dello scopo di lucro, del c.d. *financial gain*, che, invece, caratterizza la stessa formulazione prevista dal Protocollo *smuggling*, allegato alla Convenzione ONU di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale; e b) alla mera *facoltà*, e non obbligo, per gli Stati membri di prevedere l'esclusione della punibilità dell'assistenza umanitaria.

A ben vedere, dunque, la disciplina del *Facilitator Package* è orientata a contrastare «sia la migrazione irregolare, sanzionando il favoreggiamento in relazione all'attraversamento illegale delle frontiere, sia le reti della criminalità organizzati che mettono in pericolo la vita dei migranti». La stessa impostazione – ben lungi dall'approccio *migrant-sympathetic*⁵ che invece adotta il Protocollo *smuggling* – ha dato la stura alla criminalizzazione, all'interno dei Paesi membri, delle attività SAR condotte da volontari e dalle imbarcazioni

⁵ Cfr. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, Torino, 2019, p. 152.

delle ONG: queste ultime, pur soccorrendo, senza finalità di lucro, i migranti in pericolo, sono state accusate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per averne procurato l'ingresso nel territorio nazionale.

Sul punto, tuttavia, sulla scia delle tragiche vicende dei naufragi e delle inchieste giudiziarie contro le operazioni di soccorso operate dalle ONG, la Commissione europea ha preso una netta posizione con la Comunicazione sugli *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*⁶. La Commissione – sollecitata da una risoluzione del Parlamento⁷ – era chiamata ad *assicurare chiarezza e uniformità nell'attuazione del Facilitator Package* con particolare riguardo alla (non) configurabilità del reato di favoreggiamento in ipotesi di assistenza umanitaria.

La Comunicazione della Commissione rappresenta uno *step* fondamentale nell'avanzamento della politica migratoria, in materia penale, dell'Unione europea, verso la non punibilità dell'assistenza umanitaria delle ONG: per la prima volta e in parziale dissenso rispetto ad una precedente valutazione positiva del *Facilitator Package*⁸, si scolpisce in un atto politico-programmatico, seppur non vincolante, che «la criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce una violazione del diritto internazionale e di conseguenza non è permessa dal diritto dell'UE».

La Commissione, in particolare, riconosce *expressis verbis* la sussistenza di un obbligo internazionale di soccorso alle persone e alle imbarcazioni in pericolo, riconducibile ad una consuetudine vincolante per tutti paesi. Tuttavia, la Commissione mentre fa un passo avanti, verso una interpretazione autentica della Direttiva sul favoreggiamento, non affronta il problema di maggiore rilievo, descritto dal citato *Annex* del FRA, relativo all'indicazione di un "luogo sicuro" (POS) per lo sbarco dei naufraghi: è un dato ormai pacifico che l'assistenza umanitaria non possa limitarsi al soccorso in alto mare, ma debba consentire di trasportare i migranti in un luogo in cui non rischia-

⁶ *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, 2020/C 323/01.

⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2018 su orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria, 2018/21769 (RSP).

⁸ Cfr. Valutazione REFIT del quadro giuridico dell'UE contro il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, 2017.

no di subire gravi violazioni dei loro diritti⁹. Sul punto, in effetti, è sorprendente constatare come la Comunicazione si limiti ad osservare che «tutti gli attori coinvolti (nelle operazioni di salvataggio) devono rispettare le istruzioni dell'autorità di coordinamento, conformemente ai principi generali e alle norme applicabili del diritto internazionale e dei diritti umani»: in questo modo, si compie una giravolta che – rammentando la ovvia affermazione dell'obbligatorietà dell'assistenza umanitaria in alto mare – lascia ancora una volta insoluto il tema dell'individuazione del POS in cui far sbarcare i migranti. Per vero, l'individuazione del POS è regolata da norme internazionali e si risolve caso per caso, trattandosi di un'operazione da compiersi in base alle circostanze della situazione concreta. Tuttavia, menzionare soltanto la necessità di un coordinamento con le autorità nazionali non agevola la risoluzione dei casi più problematici: come suggerito dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa¹⁰, la Commissione avrebbe potuto riconoscere una più ampia discrezionalità al comandante che, constatando la riluttanza degli stati al rilascio dell'autorizzazione allo sbarco, decida autonomamente – secondo una valutazione che privilegi gli interessi individuali delle persone soccorse – di entrare nelle acque territoriali di uno stato europeo per procedere allo sbarco.

Lasciando invece invariato il quadro giuridico di riferimento, le navi delle ONG, nella minaccia di una reazione repressiva da parte degli Stati membri, sono costrette a navigare in acque internazionali, pur a seguito delle *obbligatorie* operazioni di soccorso, in attesa delle “istruzioni dell'autorità di coordinamento” circa il porto in cui sbarcare. D'altronde, è pur sempre con l'ingresso nelle acque territoriali nazionali – e non con il mero soccorso in alto mare, in un luogo in cui non sussiste la giurisdizione di alcuno stato – che vengono violate le regole interne (penali e/o amministrative).

3. Ancora in varietate discordia o verso un cambio di paradigma?

Quanto “raccomandato” dalla Commissione europea si inserisce dunque

⁹ Cfr. *Guidelines on the Treatment of Persons rescued at sea* dell'International Maritime Organization del 20 maggio 2004. Si v., inoltre, M. STARITA, *Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione della punibilità*, in M. SAVINO ET AL. (a cura di), *Annuario ADiM 2020*, Napoli, 2021, pp. 714-721.

¹⁰ *Vite salvate. Diritti protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo*, 2019.

in un *contesto* che sottende un approccio di sfiducia e di delegittimazione nei confronti delle attività di soccorso delle ONG, in un più ampio quadro di avversione nei confronti di natanti – specialmente se battenti bandiera straniera – che, sostituendosi ai poteri statali, tentano di salvare vite in mare. Allo stato, si può scorgere una (non più tanto latente) conflittualità tra le *ragioni di stato* di controllo delle frontiere e le *ragioni individuali* di tutela dei diritti fondamentali: in un mondo fortemente polarizzato, purtroppo, il dibattito politico – nella lentezza anche dell'*iter* giudiziario e legislativo – oscilla tra i due poli, senza riuscire a trovare, ad oggi, un giusto compromesso.

La disciplina europea di contrasto al traffico di migranti si è caratterizzata per un approccio fortemente repressivo, pervaso da un'impostazione stato-centrica, in cui dominano la tutela delle frontiere e la gestione ordinata dei flussi migratori. In questo senso, la stessa condotta di *facilitation*, descritta dall'art. 1 della Direttiva sullo *smuggling*, ha una struttura concorsuale che si lega ad una condotta principale – che racchiude il vero nucleo di disvalore penale – che è quella dello straniero che *clandestinamente* entra in territorio europeo. La descrizione della condotta in questi termini allontana il fuoco dell'incriminazione dalla tutela dei diritti dei migranti. Il *paradigma* della reazione penale nel reato di *migrant smuggling*, secondo la prospettiva eurounitaria, risiede invero nella protezione accordata ai confini nazionali rispetto alla possibilità di ingressi irregolari. Non stupisce, quindi, che l'integrazione del reato prescindendo dallo sfruttamento dello straniero o dal conseguimento di un profitto. In linea con questa impostazione, l'art. 1, par. 2, della Direttiva concede agli Stati membri la facoltà di escludere la punibilità per il reato di favoreggiamento in entrata rispetto ai «cases where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to the person concerned»: la maggior parte degli Stati membri non ha esercitato la facoltà di prevedere la clausola di esclusione della punibilità in ipotesi di *smuggling* umanitario e – nei rari casi in cui tale opzione sia stata accolta dagli ordinamenti domestici¹¹ – è apparso evidente come questa sia stata scarsamente idonea a scriminare le condotte di salvataggio umanitario nel Mediterraneo.

Così, è avvenuto, in Italia, con il comma 2 dell'art. 12 D. Lgs 286/1998 (TUIMM) che esclude la punibilità del favoreggiamento solo qualora l'assistenza umanitaria sia prestata «in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello stato»: tale

¹¹ La Commissione segnala che soltanto otto Stati membri (Belgio, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Croazia, Italia e Malta) prevedono la non punibilità a titolo di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina dell'assistenza umanitaria.

formulazione non esclude quindi la punibilità di quelle operazioni di soccorso umanitario condotte in acque internazionali, dunque fuori dal *territorio dello stato*. Le navi delle ONG che fanno ingresso in acque territoriali con a bordo i naufraghi stranieri sono quindi esposte al rischio di una reazione punitiva, dovendo ritenere la loro condotta *tipica* rispetto alla fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, TUIMM, seppur dettata da motivi altruistici.

Vi sarebbero, invero, alcune argomentazioni per evitare la criminalizzazione delle ONG: tra le altre, nei limiti del presente contributo, è bene rammentare – *de iure condendo* – la proposta di introduzione del dolo specifico di lucro per l'integrazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 TUIMM, che consentirebbe di non configurare il reato *de quo* in ipotesi di operazioni SAR delle ONG; ovvero – *de iure condito* – interpretando la fattispecie incriminatrice nel senso di ritenere il difetto di tipicità per l'insussistenza del requisito della clandestinità (c.d. *illiceità speciale*), soprattutto laddove l'equipaggio della ONG, come avviene nella maggior parte dei casi, abbia comunque agito in coordinamento con le autorità nazionali, senza quindi sottrarre fraudolentemente i migranti, una volta sbarcati, all'*effettivo svolgimento dei controlli di frontiera*. Inoltre, in una recente pronuncia, i giudici italiani¹² hanno considerato scriminata la condotta del comandante di una nave ONG, che – nonostante un espresso divieto posto dall'autorità governativa di ingresso in territorio nazionale – abbia attraversato le acque territoriali per consentire lo sbarco dei migranti: e ciò in virtù dell'adempimento del dovere del soccorso in mare di cui all'art. 51 c.p., derivante proprio dalle fonti internazionali richiamate dalla Comunicazione già menzionata.

Rimane però il fatto che gli equipaggi delle ONG, come dimostra *inter alia* il menzionato documento FRA, siano esposti alla minaccia penale degli Stati membri, i cui ordinamenti sembrano prediligere – in linea con l'impostazione eurounitaria – le *ragioni di stato* rispetto alle *ragioni individuali*. Proprio per questo, l'approccio repressivo del diritto penale e la minaccia del relativo processo sembrano proiettarsi verso il ristabilimento dell'ordine violato dall'intervento di soccorso umanitario prestato dalle ONG. Queste ultime, avendo svolto di propria iniziativa un'attività al di fuori delle potestà e poteri statali, sembrano minacciare il potere costituito: si è detto, a tal proposito, che lo *smuggling* umanitario sia, in effetti, un atto di disobbedienza, un *crimen le-*

¹² Cfr. S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sistema Penale*, 24 febbraio 2020.

*sae majestatis*¹³. Il rimprovero mosso alle ONG non starebbe tanto nell'aver violato specifiche disposizioni incriminatrici, quanto nell'essersi sostituite a prerogative statali in modo arbitrario, contravvenendo a determinate politiche migratorie. Tuttavia, anche nell'ottica di un approccio fortemente securitario della disciplina anti-*smuggling* è necessario garantire la *ragionevolezza* e la *proporzionalità* dell'opzione di penalizzazione, con la conseguenza che non si può – a mio avviso – prescindere da una effettiva e piena valutazione degli *interessi individuali* in gioco, ossia di quegli stessi interessi individuali che le attività di soccorso umanitario delle ONG intendono proteggere¹⁴.

È chiaro, infine, che l'*aquis di Schengen* imponga un approccio attento e corale nel controllo delle frontiere esterne dell'Unione Europea, attraverso le quali – si sa – vengono commessi crimini transnazionali che meritano punizioni pronte e severe, ma altro è la criminalizzazione della solidarietà, la minaccia di una sanzione penale (o anche solo di un procedimento penale) per avere prestato soccorso a migranti *in distress*. In definitiva, le misure penali anti-*smuggling* – ritenute «*inadequate for the purpose*»¹⁵ – da un lato, offrono al giudice un'arma spuntata contro il traffico di migranti, come fenomeno transnazionale che mette a repentaglio la vita delle persone ancor prima che l'interesse degli Stati alla gestione dei flussi migratori e, dall'altro, creano ancora i presupposti per la criminalizzazione di quelle attività di soccorso che rappresentano l'ultimo presidio di civiltà e umanità che – secondo il motto *in varietate concordia* – dovrebbe contraddistinguere l'azione dell'Unione Europea e degli Stati membri. Ora, se a poco valgono le manifestazioni di intenti sulla istituzione di un servizio civile europeo di salvataggio in mare, le speranze risiedono nelle iniziative e raccomandazioni della Commissione UE, a cui dovrà seguire, una improrogabile e profonda riforma del *Facilitator Package*, quantomeno nel senso di vietare agli Stati membri «la criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso».

¹³ A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1859-1907.

¹⁴ Cfr. V. MILITELLO, M. SAVINO, E. CAVASINO, A. SPENA, *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo, un cambio di passo per la mobilità delle persone in Europa?*, in *Giustizia insieme*, 30 giugno 2021.

¹⁵ S. ZIRULIA, *Is that a smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, Hart Studies, 2021, pp. 235-266.

I TRATTENIMENTI E I RIMPATRI

CHE COS'È LA LIBERTÀ? LA CORTE DI STRASBURGO SI PRONUNCIA (ANCORA) SULLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA NELLE ZONE DI TRANSITO UNGHERESI

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda esaminata dalla Corte di Strasburgo. – 3. Sull'esistenza di una privazione di libertà. – 3.1. Sulla violazione dell'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU. – 4. Lascia o raddoppia? – 4.1. “1-1, palla al centro”: la controversa definizione di “libertà” nel dualismo UE-CEDU. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Per la seconda volta in poco meno di due anni, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a rendere una decisione in merito al trattenimento *de facto* di alcuni richiedenti asilo – nel caso in commento trattasi di una famiglia composta da cinque membri, di cui tre minorenni – presso la zona di transito di Röszke, al confine tra Serbia e Ungheria. Come è noto, la Grande Camera della medesima Corte aveva statuito, in un caso analogo del 2019¹, che i ricorrenti, all'epoca, non erano stati privati della propria libertà personale durante il periodo del loro collocamento presso la medesima zona di transito.

La decisione in commento si pone indubbiamente all'interno di un “sentiero giurisprudenziale” – o, per dirla altrimenti, entro un *continuum* giuridico – che origina da *Ilias e Ahmed* e pone le basi per sviluppi futuri. Essa sarà brevemente commentata, in particolare, per quanto concerne il *dictum* della Corte in merito all'applicabilità dell'articolo 5 CEDU nel caso di specie, con una sintetica comparazione con la pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

* Dottorando di ricerca in *Global Studies*, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo».

¹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 dicembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

2. *La vicenda esaminata dalla Corte di Strasburgo*

I fatti di causa della vicenda in commento possono essere riassunti come segue. I ricorrenti erano cinque membri di una famiglia di migranti iraniano-afghani che – dopo aver lasciato l’Iran e aver attraversato la Turchia, la Grecia e la Serbia – entrarono in Ungheria il 19 aprile 2017, nella zona di transito di Röszke, situata al confine tra quest’ultimo Paese e la Serbia. In pari data, dopo aver presentato richiesta di asilo, l’Ufficio per l’Immigrazione e l’Asilo magiaro (di seguito: «IAO») ordinò il loro “trattenimento” all’interno di un container di 13 m² situato in una parte della zona di transito specificamente indicata per l’accoglienza delle famiglie.

Il controllo della polizia sui richiedenti asilo a Röszke era piuttosto rigido, e numerose ispezioni per ragioni di sicurezza (*security checks*) e appelli mattutini (*morning checks-headcounts*) venivano espletati. Secondo i ricorrenti il container presentava condizioni inadatte alla detenzione (ad es. non vi era un impianto di ventilazione adeguato, la distribuzione del cibo ai bambini era insufficiente per i loro bisogni, la connessione *internet* era debole e consentiva, al più, di inviare meri messaggi di testo, l’assistenza linguistica e psicologica non veniva garantita). Il Governo ungherese negava tali asserzioni, ribadendo che le condizioni della zona di transito garantivano ai richiedenti asilo un contesto di trattenimento dignitoso, e per nulla degradante.

Tra l’aprile e il giugno 2017, la ricorrente-madre S.H. veniva ricoverata più volte, anche all’esterno della zona di transito, da un ginecologo e da personale medico specializzato. In una di queste visite, veniva appurato che ella fosse incinta e che la sua gravidanza fosse “a rischio”. Contestualmente, i ricorrenti-genitori (R.R. e sua moglie S.H.) venivano sentiti a più riprese, sia congiuntamente che separatamente, dall’IAO per decidere sulla loro domanda di protezione internazionale.

Il 29 giugno 2017 – poiché la ricorrente-madre e due dei suoi figli avevano contratto l’epatite B – tutta la famiglia veniva trasferita nella “sezione di isolamento” (*isolation section*) del campo di Röszke, che presentava condizioni di detenzione ancora più restrittive.

Il 15 agosto 2017 i ricorrenti venivano definitivamente rilasciati dalla zona di transito, ed autorizzati ad entrare temporaneamente in Ungheria dall’IAO, senza però che venisse loro riconosciuta la qualifica di “rifugiati” o di “persone bisognose di protezione sussidiaria”. Essi venivano collocati in un centro di accoglienza e, tempestivamente, presentavano appello contro la decisione di diniego dello status di rifugiato. Il 23 Agosto 2017 l’IAO rigettava nel merito tale ricorso, salvo poi pronunciarsi positivamente l’8 settembre successivo.

Tuttavia, i ricorrenti, già dal 25 agosto, si erano recati in Germania, dove avevano infine ottenuto la protezione internazionale richiesta.

In definitiva, il periodo di detenzione dei ricorrenti a Röscke, per ciò che qui rileva, si colloca temporalmente dal 19 Aprile al 15 Agosto 2017, equivalente – in sostanza – a 4 mesi.

Le doglianze dei ricorrenti innanzi la Corte di Strasburgo concernevano *inter alia*: (a) la violazione dell'art. 3 CEDU in riferimento alle condizioni asseritamente degradanti del loro "trattenimento" nella zona di transito; (b) la violazione dell'art. 5, par. 1 CEDU in merito alla illegittima privazione di libertà che i migranti rappresentavano di aver subito *de facto* a Röscke; (c) la violazione dell'articolo 5, par. 4 CEDU per quanto concerneva la presunta mancanza di un rimedio giudiziario effettivo attraverso cui contestare la *lawfulness* della loro detenzione. Secondo la Corte, tutte e tre le disposizioni testé menzionate risultavano essere state effettivamente violate dalle autorità ungheresi. Nondimeno, come sopra ricordato, il *focus* dell'analisi che segue sarà incentrato sulle implicazioni discendenti dalla norma *ex art.* 5 CEDU.

3. *Sull'esistenza di una privazione di libertà*

La Corte, in via preliminare, ha dovuto verificare se il trattenimento dei ricorrenti nella zona di transito tra Serbia e Ungheria potesse costituire – alla luce delle risultanze del fatto concreto – una "privazione di libertà" nel senso inteso dall'articolo 5 della Convenzione. A tal proposito, essa richiamava i criteri già elaborati dalla pertinente giurisprudenza in materia di detenzione nelle zone di transito e centri di accoglienza². In tali casi, era necessario vagliare: (a) la situazione specifica dello straniero e le sue scelte individuali; (b) le norme applicabili alla situazione concreta e la sua *ratio*; (c) la durata del periodo di trattenimento e le relative garanzie procedurali in pendenza dello stesso; (d) la natura e il grado delle restrizioni applicate allo straniero.

In primo luogo, la Corte ha ricordato che i ricorrenti erano entrati nella zona di transito di propria iniziativa e la loro permanenza a Röscke era stata determinata dalla loro volontà di lasciare la Serbia, Paese ove non avrebbero comunque subito immediate violazioni del loro diritto alla vita o alla loro salute («they had waited in Serbia for several months before crossing the border of their own and free will and not because of a direct and immediate

² V. il caso *Ilias e Ahmed*, cit., §§ 217-218, e Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 dicembre 2019, *Z.A. e altri c. Russia*, ricc. nn. 61411/15 *et al.*

threat to their life or health in that country» [§ 75]). Le autorità ungheresi avevano, nondimeno, tutto il diritto di svolgere le relative procedure amministrative per esaminare le richieste di asilo dei ricorrenti.

In secondo luogo, la Corte ha sottolineato che, in generale, il trattenimento dei migranti a Röszke aveva lo scopo di consentire alle autorità magiare di esaminare compiutamente le istanze dei richiedenti asilo. Gli stranieri *ivi* collocati restavano essenzialmente per ottenere un responso sulle domande di asilo.

In terzo luogo, il Giudice di Strasburgo ha notato che la durata del trattenimento dei ricorrenti è stata particolarmente lunga (circa quattro mesi), che la procedura di esame delle domande di asilo condotta dall'IAO era stata particolarmente lenta e caratterizzata dall'inattività delle autorità ungheresi e che, anche a causa di ciò, il limite fissato dalla legge per l'esame delle richieste di protezione internazionale al confine (sessanta giorni) era in ogni caso stato superato.

In quarto ed ultimo luogo, la Corte ha evidenziato che i migranti avevano la possibilità di lasciare la zona di transito in ogni momento, giacché nessun ostacolo concreto impediva loro di attraversare a piedi il confine e fare immediato ritorno in Serbia, Paese dal quale provenivano. Invero, i ricorrenti avevano rappresentato che abbandonare la zona di transito avrebbe significato la rinuncia *de plano* alla richiesta di asilo e che, contestualmente, avrebbero potuto subire sanzioni – anche penali – in Serbia per il loro eventuale ingresso non autorizzato. Essi erano, pertanto, privati *de facto* della loro libertà. Tuttavia, il Giudice di Strasburgo ha ribadito che tali circostanze non possano essere considerate di una gravità tale da rendere *per sé* “involontaria” la permanenza dei ricorrenti a Röszke e far “scattare” l'applicabilità dell'articolo 5 della Convenzione. Per quanto concerne le condizioni di detenzione, che come sopra accennato sono state ritenute in contrasto con il precipitato normativo dell'articolo 3 CEDU, la Corte ha rilevato esplicitamente che il trattenimento dei ricorrenti – tenuto conto dell'esiguità dello spazio ove la famiglia era stata collocata e il controllo pervasivo delle forze di polizia – era avvenuto in un luogo simile a quelli ove vengono implementate modalità di “detenzione leggera” («*certain type of light-regime detention facility*» [§ 82]). Peraltro, i migranti erano stati posti nella “zona di isolamento” di Rozke, ove le regole di detenzione erano ancora più restrittive.

In definitiva, soppesando tutte le circostanze testé citate, la Corte concludeva che i ricorrenti erano stati privati della loro libertà ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione. In particolare, tale assunto fu raggiunto valorizzando specificamente: (i) la durata della detenzione e la connessa negligenza delle autorità magiare, e (ii) le condizioni di detenzione assai rigide

patite della famiglia di ricorrenti. Peraltro, la Corte enfatizza un terzo elemento, ossia (iii) la mancata previsione di un termine massimo di detenzione nel diritto interno. A differenza di *Ilias e Ahmed*, infatti, nessuna norma del diritto ungherese fissava un limite esplicito alla durata del “trattenimento” della famiglia di migranti. In linea teorica, pertanto, essi avrebbero potuto essere detenuti *ad libitum* e tale circostanza viene valorizzata dalla Corte nel suo percorso logico-argomentativo.

3.1. Sulla violazione dell'art. 5, par. 1, lett. f CEDU

Dopo aver stabilito l'applicabilità dell'articolo 5 della Convenzione, la Corte ha dedicato una breve parte del suo ragionamento a verificare se, nel caso di specie, tale disposizione risultava violata dalle autorità ungheresi.

Sulla scia di *Z.A e altri*³, il Giudice di Strasburgo – conscio delle difficoltà che gli Stati membri stanno attualmente sperimentando ai loro confini a causa dell'afflusso massiccio di richiedenti asilo – ha ribadito che la detenzione di una persona costituisce una grave interferenza del diritto alla libertà e che, pertanto, deve essere sempre soggetta ad un controllo rigoroso.

Ora, la Corte ha inizialmente notato che nessuna norma di diritto interno prevedeva esplicitamente la detenzione dei richiedenti asilo a Röske. Le norme applicate dalle autorità ungheresi prevedevano meramente che essi dovevano aspettare nella zona di transito fino a che l'esito della pertinente procedura di richiesta di protezione internazionale non si fosse conclusa («to wait in there until a final decision is taken on their asylum application» [§ 89]). Peraltro, nessuna decisione formale di detenzione era stata ufficialmente adottata dalle autorità magiare nei confronti dei ricorrenti. La loro privazione di libertà era dunque avvenuta *de facto*.

Conformemente a tali considerazioni, la Corte concludeva che la detenzione a Röske non potesse soddisfare i requisiti di “*lawfulness*” previsti dall'articolo 5, par. 1, CEDU e dalla pertinente giurisprudenza.

4. *Lascia o raddoppia?*

Come già anticipato, la sentenza in esame si pone indubbiamente in rapporto dialettico con *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. Tale decisione era stata am-

³ V. *supra* nota 2.

piamente criticata dalla dottrina⁴, in particolare per le sue ripercussioni negative sull'effettività del diritto alla libertà garantito dall'articolo 5 CEDU⁵. In estrema sintesi, la Grande Camera aveva ritenuto che i migranti avrebbero potuto lasciare la zona di Röszke in ogni momento e che, in ogni caso, essi erano giunti volontariamente in tale luogo. Peraltro, la Corte valorizzò particolarmente il fatto che le frontiere ungheresi fossero da tempo “sotto pressione” per via degli eccezionali flussi migratori cui erano sottoposte: il periodo di trattenimento dei ricorrenti (circa ventitré giorni) era, dunque, giustificato da tale condizione e, in ogni caso, si poneva entro il termine massimo previsto dal diritto interno (quattro settimane). Infine, la Corte ritenne «practically possible» (§ 241) il ritorno dei ricorrenti in Serbia: essi potevano «walk to the border and cross into Serbia», senza ulteriori formalità. Tali circostanze non potevano concretizzare una privazione di libertà e l'articolo 5 CEDU doveva essere, per l'effetto, dichiarato inapplicabile *ratione materiae*.

Tale «ragionamento artificioso»⁶, che ha confermato la «tendenza restrittiva in atto a Strasburgo»⁷ in tema di diritti degli stranieri, veniva sviluppato mediante una serie di “criteri” che la Corte – riprendendoli dalla pertinente giurisprudenza in materia di trattenimento in centri di accoglienza o zone di transito aeroportuali o costiere⁸ – aveva “raggruppato” in quattro nuclei logico-argomentativi nelle sentenze *Ilias e Ahmed* e *Z.A. e altri*, entrambe rese il 21 Novembre 2019. Tali *steps* sono stati proposti al fine di vagliare la situazione concreta in cui il ricorrente si trova, per verificare se essa integri o meno una privazione di libertà nel senso inteso dalla Convenzione. Si tratta,

⁴ V., *inter alia*, F.L. GATTA, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito*, in Osservatorio AIC, n. 5/2020 e V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and How the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 dicembre 2019.

⁵ F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020.

⁶ *Ivi*, p. 6.

⁷ L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020, p. 6.

⁸ Tra le altre, si lasciano citare Corte Edu, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92; sentenza del 27 novembre 2003, *Shamsa c. Polonia*, ricc. 45335/99 e 45357/99; decisione del 8 dicembre 2005, *Mahdid e Haddar c. Austria*, ric. n. 74762/01; sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaihia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12; decisione del 17 dicembre 2019, *Alissa e Alissa c. Romania*, ric. n. 48780/17.

come già *supra* menzionato, di valutare: (a) la situazione specifica dello straniero e le sue scelte individuali; (b) le norme applicabili alla situazione concreta e la sua *ratio*; (c) la durata del periodo di trattenimento e le relative garanzie procedurali in pendenza dello stesso; (d) la natura e il grado delle restrizioni applicate allo straniero.

Nel caso *R.R. e altri*, utilizzando i medesimi criteri, l'applicabilità dell'articolo 5 è stata pienamente riconosciuta. Come si è avuto modo di spiegare, la questione "temporale" (punti *b* e *c*) e le condizioni di detenzione (punto *d*) hanno giocato un ruolo fondamentale nel portare la Corte a decretare che il trattenimento dei cinque ricorrenti (che, si deve ricordare, comprendevano soggetti particolarmente vulnerabili e con esigenze specifiche di tutela, quali una donna incinta, peraltro malata, e tre bambini molto piccoli) fosse *de facto* una privazione della libertà nel senso inteso dall'art. 5 CEDU. Pertanto, si può ben dire che una posizione parzialmente "uguale e contraria" a quella di *Ilias e Ahmed* è stata sostenuta dal Giudice di Strasburgo in sede di Grande Camera (al contrario, in primo grado, la Corte aveva dichiarato – con voto unanime – sia l'applicabilità dell'art. 5 CEDU che la sua violazione da parte dell'Ungheria).

È evidente, a questo proposito, che l'accertamento dell'avvenuta privazione di libertà nei confronti dei ricorrenti costituisce la questione centrale nel ragionamento dei giudici di Strasburgo nel caso in esame. Il tema, come è noto, è stato affrontato più volte dalla Corte, non sempre in casi concernenti la detenzione amministrativa dei migranti⁹. Il *leading case* in materia è rappresentato, nonostante la sua lontananza temporale, dalla sentenza *Guzzardi*¹⁰ – più volte richiamata nella giurisprudenza successiva – con cui la Corte, ha statuito *inter alia* che non solo forme "classiche" di misure custodiali (quali detenzioni o arresti) integrano una privazione di libertà rilevanti ai sensi dell'art. 5 CEDU. Quest'ultima, infatti, può ben essere ottenuta anche con misure "diverse" (§ 95). Per ciò che qui rileva, il principio fondamentale che si ricava da *Guzzardi* è che «the difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance. Although the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5» (§ 93, sottolineato aggiunto).

⁹ V., in aggiunta ai casi sopra citati, Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 marzo 2012, *Austin e altri c. Regno Unito*, ricc. nn. 39692/09 *et al.*

¹⁰ Corte Edu, sentenza del 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, ric. n. 7367/76.

Non sembra che nel caso di *R.R. e altri* vi sia spazio per concludere che si tratti di un “caso-limite” di privazione della libertà, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹. La Corte, infatti, ha dimostrato di schierarsi piuttosto nettamente a favore dell’ipotesi dell’applicabilità dell’articolo 5 CEDU.

Ciò che lascia perplessi, tuttavia, è il sistema dei “criteri” elaborati dal Giudice di Strasburgo per valutare tale applicabilità.

Innanzitutto, parrebbe che il criterio della “durata della misura” sia stato applicato, in entrambi i giudizi, in maniera illogica. In *R.R. e altri*, la Corte ha valorizzato – nell’ottica di riconoscere che i ricorrenti erano stati privati della loro libertà – la mancanza di un termine temporale massimo per la detenzione dei ricorrenti stabilito dal diritto ungherese, ciò che *a contrario* era previsto in *Ilias e Ahmed* (quattro settimane). Ora, non sembra corretto ritenere che la previsione *in abstracto* di un termine massimo per il trattenimento a Röske possa influenzare il giudizio sull’applicabilità dell’articolo 5 CEDU. A tali fini, avrebbe dovuto rilevare esclusivamente il periodo di tempo trascorso effettivamente entro i locali del centro di Röske. Intervallo temporale che, in entrambi i casi, non può certo dirsi di minima entità (circa ventitré giorni in *Ilias e Ahmed* e quasi quattro mesi in *R.R. e altri*).

Vero è, peraltro, che i ricorrenti di *R.R. e altri* erano stati trasferiti – per motivi sanitari – nella *isolation section* della zona di transito, a differenza di *Ilias e Ahmed*, ove trascorrevano circa un mese della loro permanenza a Röske: tale circostanza è stata ritenuta particolarmente rilevante agli occhi della Corte per concludere che, nel primo caso, i migranti erano stati effettivamente privati della loro libertà.

In secondo luogo, la posizione per cui la *ratio* della misura asseritamente detentiva vada valutata ai fini dell’applicabilità dell’articolo 5 CEDU (punto *b*) appare nettamente in contrasto con la giurisprudenza pregressa. In *Rozhkov* la Corte aveva cristallinamente statuito che: «The purpose of measures taken by the authorities depriving individuals of their liberty is not decisive for the assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty. The Court takes this into account only at a later stage of its analysis, when examining the compatibility of the measures with Article 5 § 1»¹². Questa considerazione mi pare ineccepibile: poco importa la *ratio* della misura custodiale, quando si tratta di statuire se *in concreto* la persona ha subito una

¹¹ V. *supra* nota 8.

¹² Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 31 gennaio 2017, *Rozhkov c. Russia* (No. 2), ric. n. 38898/04, § 71.

privazione della propria libertà, della cui regolarità si discuterà (eventualmente) in una fase successiva del ragionamento. Si tratta, in ultima analisi, di una questione “di fatto”, non “di diritto”.

In terzo luogo, ed analogamente, il criterio della “scelta individuale” dello straniero (punto *a*) sembra inadeguato ai fini di affermare l’applicabilità dell’articolo 5 CEDU. Se, da un lato, è vero che tale accertamento impone un controllo sulla sussistenza, nel caso di specie, di un elemento oggettivo (il confinamento di una persona in uno spazio ristretto per un periodo di tempo non trascurabile) e di uno soggettivo (il mancato consenso della persona a tale confinamento) come stabilito in *Stanev c. Bulgaria*¹³, dall’altro è altrettanto vero che tale verifica deve essere il più aderente possibile alle risultanze del caso concreto. Nel caso in commento (e, per analogia, anche in *Ilias e Ahmed*), i ricorrenti certamente sono entrati *motu proprio* nella zona di Röszke, ma sembra davvero arduo sostenere che il loro libero consenso a restare sia perdurato per tutta la durata del loro trattenimento e contestualmente – punto fondamentale – essi fossero concretamente *liberi* di andarsene in ogni momento per tornare in Serbia, senza subire conseguenze negative particolarmente gravose (quali la rinuncia implicita alla domanda di asilo in Ungheria e l’esposizione a sanzioni penali in Serbia).

A questo proposito, va precisato che in *R.R. e altri* i ricorrenti erano tutti soggetti particolarmente vulnerabili (in particolare il primo ricorrente, che era «fully dependent on the Hungarian authorities for his most basic human needs and was under their control» [§ 56]) e che, di conseguenza, la possibilità concreta di dirigersi in Serbia avrebbe dovuto essere esclusa *de plano*.

Tuttavia – e nonostante la decisione in commento sia “favorevole” ai migranti – la Corte ribadisce un approccio esageratamente “formale” e che, a ben vedere, prende a riferimento prevalentemente il momento iniziale del trattenimento (i migranti entrano volontariamente nella zona di transito) rispetto alle circostanze concrete che si verificano quando la misura è *in fieri* (i ricorrenti possono scegliere consapevolmente, e senza limitazione alcuna, di tornare in Serbia).

Forse, la Corte dovrebbe tornare a valutare l’applicabilità dell’articolo 5 CEDU seguendo i “classici” criteri *Guzzardi*: (a) tipo di misura; (b) durata del trattenimento; (c) gli effetti del trattenimento; (d) le modalità di esecuzione del trattenimento. Qui non ci sarebbe spazio, a ben vedere, né per valutare le “scelte individuali” dei ricorrenti, né la *ratio* sottesa alla misura di trattenimento. Né, *last but not least*, la Corte sarebbe chiamata a valutare la

¹³ Corte Edu, sentenza del 17 gennaio 2012, *Stanev v. Bulgaria*, ric. n. 36760/06.

situazione concreta dei confini ove tali misure detentive hanno luogo. Un approccio che, mi sembra, potrebbe riportare equilibrio all'interno di una giurisprudenza che, da tempo, appare assai permissiva nei confronti degli Stati e piuttosto sbilanciata a favore di un utilizzo ampio della detenzione dei migranti per ragioni di «mera convenienza amministrativa»¹⁴.

4.1. *“1-1, palla al centro”: la controversa definizione di “libertà” nel dualismo UE-CEDU*

Un'altra questione che va brevemente esaminata concerne il rapporto, anch'esso dialettico, tra quanto statuito dalla Corte di Strasburgo (*Ilias e Ahmed* e *R.R. e altri*) e la linea giurisprudenziale seguita dalla Corte di Giustizia dell'UE in merito alla privazione della libertà di richiedenti asilo nelle zone di transito poste al confine di uno Stato membro.

La Corte di Lussemburgo, infatti, non ha avuto dubbi in *F.M.S. e altri*¹⁵ a riconoscere che i migranti detenuti a Rösztke fossero effettivamente privati della libertà nel senso inteso dalla Direttiva Accoglienza (Direttiva 2013/33/UE), ove il “trattenimento” viene definito come «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione» (art. 2, lett. h). La Corte UE, in quell'occasione, stabilì chiaramente che: «il trattenimento presuppone una privazione, e non una mera restrizione, della libertà di circolazione caratterizzata dal fatto di isolare la persona di cui trattasi dal resto della popolazione in un luogo determinato» (§ 217). Due circostanze, nel prosieguo del ragionamento, vennero prese in considerazione per giungere alla conclusione che i migranti trattenuti erano stati privati della loro libertà: (a) il grado delle restrizioni subite e le condizioni di detenzione; (b) l'impossibilità di lasciare l'area di trattenimento senza conseguenze negative (sanzioni penali in Serbia e rinuncia implicita alla domanda di asilo in Ungheria). È interessante notare che, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la durata del trattenimento non venga ritenuta rilevante dalla Corte dell'UE¹⁶. L'approccio seguito dal Giudice di Lussemburgo, pertanto, appare più at-

¹⁴ G. CAMPESI, *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. Dir.*, 2-3/2012, p. 368.

¹⁵ CGUE, sentenza del 14 aprile 2020, *FMS e altri*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

¹⁶ S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2020.

tento all'intangibilità del diritto alla libertà sancito dall'articolo 6 della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, che corrisponde all'articolo 5 CEDU. Così operando, la Corte UE ha sorpassato la Corte di Strasburgo «nella propria area di gioco»¹⁷, ritagliandosi un ruolo fondamentale – attraverso questo “slancio giurisprudenziale” – che auspicabilmente le consentirà in futuro di modificare *in melius* la condizione dei migranti detenuti nelle zone di transito al confine di un Paese membro¹⁸.

Se, quindi, con *Ilias e Ahmed*, la Corte di Strasburgo si è posta su un piano antitetico a quanto statuito dalla Corte UE, con *R.R. e altri*, il giudice dei diritti umani pare “tornare sui propri passi”, seppur con le censure già riportate in merito al *quomodo* attraverso cui addiviene alle proprie conclusioni. Si tratta certamente di una prospettiva apprezzabile – pur residuando una certa perplessità in ordine ai “criteri” sopramenzionati – che il Giudice del Consiglio d'Europa dovrebbe, auspicabilmente, abbandonare in nome di un approccio meno formale e più incentrato sulla situazione concreta che i richiedenti asilo devono affrontare. Tale traguardo, tuttavia, appare ancora lontano, anche per le resistenze “all'interno” della Corte (v. ad es. il telegrafico *statement of dissent* della Giudice Mourou-Vikström [Monaco]).

5. Considerazioni conclusive

Il caso *R.R. e altri* conferma che il “sistema dei criteri” elaborati dalla Corte di Strasburgo in merito all'applicabilità dell'articolo 5 CEDU resta ancora cruciale all'interno della giurisprudenza sui trattenimenti di stranieri nelle zone di transito terrestri al confine di uno Stato membro.

La decisione, considerata a sé stante, è certamente da salutare con favore, giacché conferma ulteriormente – e come già aveva statuito il giudice UE – la sistematicità con cui il governo ungherese implementa politiche contrarie ai diritti fondamentali degli stranieri.

Tuttavia, il suo impianto teorico stride ancora con la pertinente giurisprudenza eurounitaria, ove il diritto alla libertà degli stranieri pare essere tutelato con un approccio ben più attento al caso concreto e meno vincolato dal rispetto di indici formali che, come si è visto, possono portare a conclusioni contraddittorie.

¹⁷ L. MARIN, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁸ Sul punto, sia permesso il rinvio a L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...», in *Leg. Pen.*, 3 dicembre 2020, p. 32 s.

Tale approccio, nondimeno, è l'unico a salvaguardare il “nocciolo duro” dei diritti fondamentali. Lo aveva già notato Cornelisse, quando osservava – pochi giorni prima di *Ilias e Ahmed* – che, molto semplicemente, «l'art. 18 della Carta garantisce il diritto di chiedere asilo» e «abbandonare la zona di transito significherebbe frustrare l'esercizio di tale diritto»¹⁹. I migranti avrebbero dovuto compiere una scelta estrema: riacquistare la libertà o esercitare un diritto fondamentale?

Se, in conclusione, la giurisprudenza delle due Corti resta ancora ben poggiata su posizioni intrinsecamente lontane, con *R.R. e altri* un importante – sia pur piccolo – passo è stato compiuto da Strasburgo verso Lussemburgo. Gli sviluppi successivi di tale “dialogo” potranno auspicabilmente portare ad un confronto dialettico per armonizzare il concetto di “libertà” all'interno dello spazio giuridico europeo.

¹⁹ G. CORNELISSE, *Borders, Procedures and Rights at Röske: Reflections on Case C-924/19 (PPU)*, in *EDAL*, 9 aprile 2020.

CATTIVA FEDE DELLE AUTORITÀ
E ONERE DELLA PROVA A CARICO DEL MIGRANTE:
DA STRASBURGO UNA NUOVA DECISIONE
SULLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEGLI STRANIERI

Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda esaminata dalla Corte di Strasburgo. – 3. La sentenza. – 4. Le nuove coordinate in tema di «bad faith» delle autorità. – 4.1. Un eccessivo onere della prova a carico del migrante che asserisce di subire comportamenti disumani e degradanti? – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La sentenza in commento si inserisce nel “mosaico giurisprudenziale” che, negli anni, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha composto sul tema – sempre attuale – della detenzione amministrativa degli stranieri. Come recentemente osservato, questa misura di privazione della libertà riveste un ruolo sempre più centrale nel contesto dei procedimenti di espulsione e rimpatrio, divenendo – contrariamente alla sua natura di *extrema ratio* – prassi sistematica da parte delle autorità nazionali¹.

Il caso in esame² riguarda la detenzione di un cittadino egiziano sull’isola di Cipro, lo Stato membro che presenta il più alto numero di richieste di asilo *pro capite* dell’UE. Nel caso di specie il Collegio di Strasburgo, con decisione adottata all’unanimità, ha ritenuto violato sia l’articolo 5, par. 1, lett. f CEDU che l’art. 3 CEDU da parte delle autorità cipriote, da un lato giudicando «arbitraria» la privazione della libertà subita dal ricorrente, dall’altro ritenendo «degradante» il trattamento cui lo stesso era stato sottoposto all’interno di un centro di detenzione per stranieri.

Dopo aver illustrato sinteticamente i fatti di causa, le principali implicazioni della decisione in esame saranno rappresentate con particolare riferimento: (a) alle considerazioni dei giudici europei in merito alla «cattiva fede»

* Dottorando di ricerca in *Global Studies*, Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo».

¹ L. FALSONE, *The Effectiveness of Administrative Detention of Migrants in Relation to Return Rates*, in *Glob. Jur.*, n. 21-1/2021.

² Corte Edu, sentenza del 29 giugno 2021, *Monir Lotfy c. Cipro*, ric. n. 37139/13.

caratterizzante la condotta serbata dalle autorità cipriote nel detenere lo straniero; (b) al vaglio che la Corte di Strasburgo ha operato in merito all'onere della prova che il ricorrente è tenuto a soddisfare per dimostrare di aver subito trattamenti contrari all'art. 3 CEDU.

2. *La vicenda esaminata dalla Corte di Strasburgo*

I fatti di causa, particolarmente complessi, possono essere riassunti come segue.

Il sig. Monir Lotfy, cittadino di nazionalità egiziana, venne arrestato il 10 febbraio 2013 per essere entrato irregolarmente a Cipro ed immediatamente detenuto a scopo di rimpatrio in quanto «*prohibited immigrant*» presso la prigione centrale di Nicosia. Qualche giorno dopo venne trasferito nel centro di trattenimento di Menogia. Nel giugno 2013, il Ministero dell'Interno decise di prorogare di sei mesi la misura carceraria. Nel mentre, il ricorrente venne trasferito in altri luoghi di detenzione (quali stazioni di polizia o istituti penitenziari)³.

L'11 luglio 2013 una richiesta di *habeas corpus* venne inoltrata dal ricorrente alla Corte Suprema tramite la quale egli chiedeva di essere immediatamente liberato, contestando la legittimità della detenzione subita. Il Governo non presentò osservazioni in merito, motivando tale circostanza con l'assenza per ferie del funzionario amministrativo che avrebbe dovuto fornire le pertinenti informazioni al difensore dello Stato. Il 30 luglio 2013, la Corte Suprema accolse le doglianze del migrante e ne ordinò l'immediata scarcerazione; le autorità nazionali non presentarono appello contro la decisione⁴.

Lo stesso giorno, tuttavia, lo straniero venne arrestato ed immediatamente attinto da un secondo ordine di detenzione a scopo di rimpatrio. Da una nota del Ministero dell'Interno, emessa in pari data, emergeva che la *Director of the Civil Registry and Migration Department* (di seguito: "Director") aveva esaminato il fascicolo del sig. Monir Lotfy dopo che egli era stato liberato a seguito dell'ordine di *habeas corpus* della Corte Suprema e che si era tempestivamente attivata per fare in modo che venisse nuovamente posto in detenzione amministrativa. La Corte avrebbe deciso diversamente – sosteneva la funzionaria – se avesse avuto a disposizione il materiale prodotto dal Governo⁵.

³ *Ivi*, §§ 6-10.

⁴ *Ivi*, §§ 11-14.

⁵ *Ivi*, §§ 12, 15 e 16.

Nel frattempo, in data 19 settembre 2013, il Ministero dell'Interno prolungava la detenzione del sig. Monir Lotfy di ulteriori sei mesi⁶.

Il mese successivo, in data 19 ottobre 2013, il migrante – che si trovava presso il centro di detenzione di Menogia – asseriva di aver richiesto espressamente alle guardie di poter ricorrere alle cure mediche, ma esse avevano respinto tale richiesta, ponendo in essere una condotta violenta nei suoi confronti. Egli rappresentava di essere stato visitato solamente cinque giorni dopo l'episodio, e in quell'occasione il medico competente notava numerose abrasioni sulla cute del paziente. Il Governo cipriota spiegava che il migrante era stato portato in ospedale solamente perché aveva ingerito deliberatamente dello shampoo e necessitava di cure urgenti⁷.

Nei mesi seguenti, la detenzione del ricorrente a Menogia veniva prolungata ulteriormente fino al rimpatrio del ricorrente⁸. Complessivamente, il periodo di detenzione amministrativa a cui lo straniero era stato effettivamente sottoposto ammontava a poco meno di un anno e mezzo.

3. *La sentenza*

Il sig. Monir Lotfy riteneva violate due disposizioni della Convenzione nei suoi confronti, durante il periodo di privazione amministrativa della libertà disposto dalle autorità cipriote: l'art. 5, par. 1, lett. *f* sulla asserita illegittimità della privazione di libertà subita e l'art. 3 in merito ai trattamenti disumani e/o degradanti patiti e posti in essere dalla polizia all'interno del centro di Menogia.

In primo luogo, il ricorrente censurava *inter alia*: (a) il mancato perseguimento del fine di rimpatrio – a fronte dell'inattività delle autorità cipriote – cui la detenzione amministrativa da lui subita avrebbe dovuto essere sottesa⁹; (b) l'asserito automatismo con cui il Ministero dell'Interno aveva prorogato il periodo di detenzione; (c) il comportamento dell'Autorità di pubblica sicurezza, che aveva emesso un nuovo ordine di detenzione a carico del migrante, anche a seguito del provvedimento di immediata liberazione della Corte Suprema, *de facto* prolungando il primo periodo di privazione di libertà¹⁰.

⁶ *Ivi*, § 18.

⁷ *Ivi*, §§ 64, 67 e 90.

⁸ *Ivi*, §§ 22-23.

⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, ric. n. 13229/03, § 72.

¹⁰ V. i §§ 190-195 della sentenza in commento.

Sul punto, i giudici di Strasburgo evidenziavano *in primis* che nessun appello – vale a dire il rimedio processuale legittimamente a disposizione delle parti – era stato presentato contro la decisione della Corte Suprema. Ciononostante, la *Director* (organo competente all'emissione di ordini di detenzione amministrativa) aveva disposto comunque l'ulteriore privazione di libertà del migrante. Una tale condotta – riteneva la Corte – non poteva che essere caratterizzata da «*bad faith*», in quanto l'amministrazione di pubblica sicurezza aveva chiaramente «*tried to make up for the authorities' poor handling of the habeas corpus application and to circumvent the Supreme Court's Order*», ciò che peraltro – secondo un *report* del 2012 di *Amnesty International* citato dalla Corte¹¹ – costituiva una prassi consolidata da parte delle autorità cipriote¹².

Così, anche assumendo, da un lato, che l'ordine di detenzione del 30 luglio 2013 potesse essere considerato formalmente valido, la Corte ha ritenuto violato l'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU in quanto la privazione di libertà subita dal ricorrente da quel giorno sino al proprio rimpatrio era avvenuta in modo arbitrario¹³.

In secondo luogo, sui fatti avvenuti nel centro di Menogia il 19 ottobre 2013, la Corte si limitava telegraficamente a notare che il sig. Monir Lotfy non aveva precisato né i «*details*» né la dinamica dell'aggressione subita dalle guardie del centro di Menogia, né infine l'«*exact treatment*» a cui era stato assoggettato dalle stesse. Inoltre, i referti medici prodotti dal governo negherebbero che sia stato il ricorrente per primo a richiedere l'accesso alle cure mediche (*ibid.*). Infine, nonostante la presenza di effettive «*various abrasions*» sul corpo certificate dal medico competente, la Corte concludeva che – in assenza di ulteriori dettagli o prove concrete – la doglianza del ricorrente andava respinta in quanto manifestamente infondata¹⁴.

4. *Le nuove coordinate in tema di «bad faith» delle autorità*

La declaratoria di arbitrarietà della privazione di libertà del ricorrente discende, in modo pressoché prevalente, dalla constatazione che l'irrogazione

¹¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Punishment without a crime*, in www.amnesty.org, 18 giugno 2012.

¹² V. il § 209 della sentenza in commento.

¹³ Cfr. Corte Edu, *Saadi*, cit., §§ 72-74 e Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 22 ottobre 2018, *S. v. e A. c. Danimarca*, ricc. nn. 35553/12 *et al.*, §§ 75-76.

¹⁴ V. i §§ 132-133 della sentenza in commento.

di un (nuovo) ordine di espulsione e detenzione subito dopo la liberazione del migrante (già detenuto sulla base di un pregresso provvedimento) da parte della Corte Suprema costituisca condotta evidentemente scorretta e comprovante la cattiva fede dell'autorità procedente.

Tale accertamento si inserisce nel più ampio vaglio che la Corte è tenuta a svolgere quando deve verificare che la misura detentiva controversa sia rispettosa dei requisiti dell'art. 5, par. 1, lett. f CEDU. L'approccio tradizionale seguito dai Giudici di Strasburgo implica che una privazione di libertà – per essere considerata «*lawful*» – deve inderogabilmente: (a) essere disposta nei casi tassativi previsti da tale norma¹⁵; (b) essere conforme al principio di legalità, e quindi possedere una base legale nel diritto interno ed essere sufficientemente precisa ed accessibile¹⁶; (c) non presentare elementi di arbitrarietà¹⁷.

Proprio con *Saadi*, la Corte europea aveva perentoriamente avvisato gli Stati membri che ogni misura detentiva deve essere disposta «*in good faith*»¹⁸. La definizione di “buona fede”, peraltro, può ricavarsi indirettamente dalla giurisprudenza pregressa. In un'occasione piuttosto risalente, i Giudici di Strasburgo avevano censurato la condotta delle autorità francesi che, privando il ricorrente della propria libertà personale, avevano agito *ab origine* deliberatamente violando il diritto positivo, e così concretizzando un vero e proprio «*abuse powers*»¹⁹. Tali considerazioni ben si attagliano al caso di specie, dove l'organo di pubblica sicurezza competente rendeva *de facto* privo di valenza concreta l'ordine di liberazione emesso dalla Corte Suprema.

Una tale condotta, a ben vedere, si lasciava qualificare come volontà consapevole dell'autorità procedente di “aggirare” una decisione a sé sfavorevole utilizzando strumenti previsti dall'ordinamento per raggiungere, con provvedimenti *formalmente* validi – come era il secondo ordine di detenzione – fini diversi di quelli consentiti dall'art. 5, par. 1, lett. f CEDU²⁰. Importanza preminente, peraltro, rivestiva la circostanza per cui nessuna impugnazione veniva presentata avverso la decisione della Corte Suprema, ciò che costituiva il rimedio processuale previsto dall'ordinamento da esperire in casi simili.

¹⁵ V. Corte Edu, sentenza del 27 luglio 2010, *Louled Massoud c. Malta*, ric. n. 24340/08, § 59.

¹⁶ V. Corte Edu, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, § 50.

¹⁷ V. Corte Edu, *Saadi*, cit., §§ 67-68 e 72-74.

¹⁸ *Ivi*, § 74.

¹⁹ Corte Edu, sentenza del 18 dicembre 1986, *Bozano c. Francia*, ric. n. 9990/82, § 55.

²⁰ Corte Edu, sentenza del 18 aprile 2013, *Azimov c. Russia*, ric. n. 67474/11, §§ 162-165.

Con la sentenza in commento, pertanto, la Corte di Strasburgo aggiunge un tassello fondamentale al *puzzle* giurisprudenziale in tema di “cattiva fede” delle autorità di pubblica sicurezza che emettono ordini di detenzione (amministrativa e non) palesemente strumentali e con condotte scorrette, ai danni della libertà personale dell’individuo.

4.2. *Un eccessivo onere della prova a carico del migrante che asserisce di subire comportamenti disumani e degradanti?*

Ulteriore profilo di interesse riveste il vaglio operato nel caso di specie dalla Corte europea sulla consistenza dell’onere della prova che il migrante è tenuto a soddisfare, a proposito delle censure sulla violazione dell’art. 3 CEDU da parte delle autorità cipriote nel centro di Menogia. L’inammissibilità delle doglianze *in parte qua* risulta censurabile per tre ordini di motivi.

In primo luogo, va evidenziato che risultava dal compendio probatorio in atti che il medico incaricato di visitare il migrante, a seguito dell’avvelenamento da shampoo, notava effettivamente che egli presentava «various abrasions» sul corpo (§ 69). Sul punto, basti ricordare che, in un caso analogo, i giudici di Strasburgo avevano enunciato il principio secondo cui se una persona in buona salute – dopo essere posta sotto custodia dalla polizia – presenta delle ferite o lesioni, è onere dello Stato convenuto fornire una «plausible explanation» delle cause di tali ferite²¹, altrimenti «a clear issue arises under Article 3 of the Convention»²².

In secondo luogo, la circostanza che il ricorrente abbia ingerito dello shampoo al fine di farsi portare in ospedale avrebbe dovuto essere valorizzata maggiormente dalla Corte, in quanto accadimento idoneo a sostanziare, se non altro in via presuntiva, le allegazioni del migrante in merito alle sue precedenti richieste in tal senso.

In terzo luogo, la Corte sembra ignorare le conclusioni del CPT (*Committee for the Prevention of Torture* del Consiglio d’Europa) che in un *report* del 2014²³ aveva espressamente dato atto che, all’interno del centro di Meno-

²¹ Cfr., sul punto, Corte Edu, sentenza del 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turchia*, ric. n. 21987/93, § 61. V. anche, *mutatis mutandis*, Corte Edu, sentenza del 4 dicembre 1995, *Ribitsch c. Austria*, ric. n. 18896/91, § 34 e Corte Edu, sentenza del 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, ric. n. 12850/87, §§ 108-111.

²² Corte Edu, *Aksoy*, cit., § 61.

²³ CPT, *Report to the Government of Cyprus on the visit to Cyprus carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Pun-*

già, numerose accuse di trattamenti disumani e degradanti, anche a sfondo razziale, da parte della polizia erano state portate all'attenzione della delegazione CPT. In particolare, si fa riferimento ad un'aggressione avvenuta il 16 settembre 2013 (data temporalmente vicina ai fatti di causa), che si sarebbe verificata con modalità molto simili da quelle riportate dal sig. Monir Lotfy²⁴.

In definitiva, la Corte – seguendo la propria giurisprudenza pregressa in casi analoghi – avrebbe dovuto più correttamente considerare che, nella quasi totalità delle vicende riguardanti doglianze in merito alla violazione dell'art. 3 CEDU nei contesti carcerari, può essere «very difficult for the detainee to collect evidence» riguardante le modalità delle aggressioni subite dal personale dei luoghi ove le persone sono privati della loro libertà²⁵.

5. Considerazioni conclusive

Se, da un lato, i Giudici di Strasburgo hanno opportunamente ribadito – ed invero specificato, rispetto alla pregressa giurisprudenza²⁶ – che ogni privazione di libertà, per essere compatibile con l'art. 5 CEDU, deve avvenire in «buona fede», dall'altro la sentenza in esame non può condivisa nella parte in cui la Corte ritiene manifestamente inammissibili le doglianze ex art. 3 CEDU del ricorrente – per asserita insufficienza di prove – ponendo in capo allo stesso un *onus probandi* eccessivamente gravoso.

Poiché la sentenza ha da poco acquisito lo status di *res iudicata*, i principi in essa enunciati entrano a pieno titolo nella giurisprudenza di Strasburgo in materia di detenzione. Si può però auspicare che, in casi futuri, l'accertamento sul compendio probatorio che la persona sottoposta a misure di privazione di libertà personale venga effettuato tenendo conto della difficoltà di raccogliere materiale idoneo a sostanziare le accuse mosse alle autorità statali, quando si tratta di trattamenti disumani e/o degradanti avvenuti all'interno di strutture di contenimento, luoghi ove gli stranieri posti in detenzione amministrativa sono *de facto* alla mercé delle forze di pubblica sicu-

ishment (CPT) from 23 September to 1 October 2013, CPT/Inf (2014) 31, in *www.coe.int*, 9 dicembre 2014.

²⁴ *Ivi*, § 39.

²⁵ *V., mutatis mutandis*, Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2019, *G.B. e altri c. Turchia*, ric. n. 4633/15, § 115.

²⁶ *V.*, ad es., Corte Edu, *S., V. e A.*, cit., §§ 75-76 e giurisprudenza *ivi* citata.

rezza, spesso sopportando estremi disagi non solo fisici²⁷ ma anche mentali²⁸, e difficilmente si trovano nella condizione di poter produrre, in un futuro ed eventuale giudizio, le prove concrete, precise e circostanziate delle angherie subite.

²⁷ Sul punto v. *ex multis* UN COMMITTEE AGAINST TORTURE (CAT), *Concluding observations on the fifth and sixth combined periodic reports of Italy*, 21 Novembre 2017, CAT/C/ITA/CO/5-6, *passim*.

²⁸ N. SCAVO, *Migranti nei grandi (e sovraffollati) centri: così cresce il disagio psichico*, in *Avvenire*, 20 settembre 2020.

LA PERDITA DEL DIRITTO DI SOGGIORNO
PER IL CITTADINO EUROPEO:
LA CGUE RITORNA SUL TEMA E CHIARISCE I SUOI LIMITI.

Claudio Di Maio*

SOMMARIO: 1. Causa C-718/19: misure relative all'espulsione del cittadino dell'UE. – 1.1. La decisione della Corte nel caso *Ordre des barreaux francophones et germanophone*. – 2. Causa C-719/19: espulsione del cittadino europeo e diritto di reingresso nello Stato membro. – 2.1. La decisione della Corte nel caso *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Causa C-718/19: misure relative all'espulsione del cittadino dell'UE*

L'art. 21 del TFUE riconosce per tutti i cittadini dell'Unione europea il diritto di circolare liberamente e di stabilirsi all'interno di uno degli Stati membri. Tali libertà sono attuate attraverso la nota direttiva 2004/38/CE², che è stata più volte oggetto di interpretazione da parte dei giudici di Lussemburgo. Nel presente commento, si prenderanno in esame due casi distinti ma assimilabili tra loro nei quali la CGUE contribuisce a chiarire alcuni aspetti essenziali della suddetta normativa: nel primo caso, la decisione riguarda la cessazione del diritto di soggiorno di un cittadino dell'Unione per motivi di ordine pubblico e, in particolare, le misure previste dal legislatore nazionale volte a garantire l'esecuzione del decreto di espulsione; nel secondo caso, invece, i giudici di Lussemburgo sono chiamati ad analizzare alcuni aspetti pratici riguardanti l'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato per i cittadini europei e, parimenti, la possibilità per gli stessi di godere di un nuovo diritto di soggiorno nel Paese membro ospitante, dopo l'esecuzione di tale decisione.

La decisione nella Causa C-718/19 riunisce due questioni pregiudiziali¹, sottoposte ai giudici di Lussemburgo dalla Corte costituzionale belga e scaturite in virtù di due richieste di annullamento della legge nazionale del 24 febbraio 2017 che disciplina l'ammissione, il soggiorno, lo stabilimento e

* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea, Università della Calabria.

¹ CGUE, Grande Sezione, Sentenze del 22 giugno 2021, *Ordre des barreaux francophones and germanophone e altri*, C-718/19, EU:C:2021:505.

l'eventuale espulsione degli stranieri per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato. Il suddetto testo normativo recepisce la direttiva 2008/115 e, in particolare, il diritto degli Stati membri, purché non siano presenti altre misure di diversa portata, di trattenere i cittadini di Paesi terzi in vista del loro allontanamento per un periodo che va da sei a un massimo di dodici mesi (art. 15); tale misura, nella legislazione belga appena indicata, viene disposta in maniera simile anche per i cittadini dell'Unione e i loro familiari.

Nei confronti di tale legge hanno presentato ricorso le associazioni *Ordre des barreaux francophones e germanophone* e *Association pour le droit des Étrangers*, contestando le previsioni relative al periodo di tempo previsto per i cittadini dell'UE al fine di abbandonare il territorio e per scongiurare un possibile rischio di fuga; allo stesso modo, le ricorrenti si sono opposte alle misure che riguardano i cittadini europei che si sono sottratti a una decisione di espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza e, per questo, possono essere soggetti a misure detentive per la durata stabilita dallo stesso provvedimento.

La Corte costituzionale belga, adita sulla questione, ha presentato un rinvio pregiudiziale alla CGUE chiedendo se gli artt. 20 e 21 TFUE e la direttiva 2004/38 ostino a una disposizione nazionale che, in recepimento dell'art. 7, paragrafo 3, della direttiva 2008/115, stabilisce che le misure di prevenzione del rischio di fuga nei confronti dei cittadini europei possano essere adottate durante il periodo previsto per l'abbandono del territorio e in virtù di un provvedimento di espulsione per motivi di ordine pubblico; parimenti, i giudici nazionali hanno chiesto la conformità con il diritto dell'UE della legge belga del 2017, ove prevede che il mancato rispetto di un provvedimento di allontanamento da parte del cittadino europeo possa comportare un trattenimento per un massimo di otto mesi.

1.1. *La decisione della Corte nel caso Ordre des barreaux francophones et germanophone*

Con la sua decisione del 22 giugno 2021, la Grande Camera ha esaminato le due questioni sollevate riferendosi direttamente all'ambito di applicazione dell'art. 27 della direttiva 2004/38, indicando preliminarmente che i suddetti quesiti non attengono alla disposizione relativa all'allontanamento del cittadino europeo *strictu sensu*, bensì alle misure che ogni Stato membro può intraprendere per darne esecuzione. La direttiva – argomentano i giudici – non indica in modo esplicito se gli Stati possano mettere in atto misure per dare garanzia all'espulsione nei termini indicati, né tantomeno indica se il

trattenimento del soggetto possa avvenire dopo che il presente termine sia scaduto. È compito delle autorità nazionali, quindi, determinare le suddette misure, nel rispetto di quanto previsto dal diritto dell'Unione. Allo stesso tempo, la Corte fa presente che, nel caso di specie, la normativa nazionale equipara la situazione giuridica degli stranieri provenienti dai Paesi terzi a quella dei cittadini europei.

Partendo dalle conclusioni dell'avvocato generale, la CGUE interpreta il diritto dell'UE e stabilisce che, nel caso di specie, una legislazione nazionale che determini la possibilità di imporre misure preventive per scongiurare il pericolo di fuga, così come il trattenimento del cittadino europeo, costituisce una violazione degli artt. 20 e 21 TFUE, nonché della direttiva 2004/38: nonostante tali soggetti abbiano perso il diritto al soggiorno, la Corte riconosce una possibile restrizione alla libertà di circolazione di questi ultimi in altri Stati membri dell'Unione europea.

Come è noto, l'ordine di espulsione nei confronti del cittadino europeo è emesso ai sensi dell'art. 27 della direttiva 2004/38; per tale motivo, la Corte ha inteso vagliare se tali misure siano effettivamente giustificate e se rispettino il principio di proporzionalità. Rispetto alle azioni atte ad evitare l'allontanamento o la fuga del cittadino UE durante il periodo previsto per la partenza volontaria, i giudici riconoscono che queste ultime possono essere suffragate da motivi interni di ordine pubblico e di sicurezza. Tuttavia, la Corte ha anche modo di ribadire che, nell'emettere questi provvedimenti, è necessario tenere presente che la direttiva 2008/115 si riferisce ai soli cittadini provenienti dai Paesi terzi, mentre la direttiva 2004/38 contribuisce a rendere effettiva la libera circolazione dei cittadini europei che – ricordano i giudici – è una delle libertà fondamentali del mercato interno, come sancito dall'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali. Pertanto, le misure previste per i cittadini europei non devono essere meno favorevoli di quelle applicabili, attraverso la direttiva 2008/115, ai cittadini extra-europei.

Rispetto, invece, alle disposizioni che prevedono la detenzione dei soggetti europei e dei loro familiari ai fini dell'espulsione per un periodo massimo di otto mesi, la Corte ammette la legittimità di queste azioni, se giustificate da motivi di sicurezza pubblica; tuttavia, nega il rispetto del principio di proporzionalità rispetto a quanto previsto dalla regolamentazione belga: in tal senso, e seguendo le argomentazioni dell'Avvocato generale, i giudici sostengono che nel caso di un cittadino europeo, l'espulsione comporta minori circoscrizioni, sia per quanto riguarda la cooperazione tra Stati membri, sia per ciò che concerne l'attestazione della nazionalità e l'organizzazione dei mezzi di ritorno rispetto ai soggetti provenienti da Paesi terzi; per questi motivi - con-

clude la Corte - sono incompatibili con il diritto dell'Unione le disposizioni dell'ordinamento belga rivolte ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che non ottemperano a un ordine di allontanamento, ove prevedono una detenzione della stessa durata prevista dalla direttiva 2008/115.

2. *Causa C-719/19: espulsione del cittadino europeo e diritto di reingresso nello Stato membro*

La decisione nella causa C-719/19 è inerente alle stesse tematiche appena affrontate ma con specificità differenti². La questione riguarda la decisione di espellere FS, un cittadino polacco, da parte delle autorità dei Paesi Bassi; il soggetto non possedeva più i requisiti per ottenere un diritto di soggiorno superiore a tre mesi ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 2004/38. L'ordine di espulsione, che prevedeva un periodo di quattro settimane per la partenza volontaria, è stato rispettato giacché FS veniva posto in arresto successivamente dalla polizia tedesca per taccheggio: in quell'occasione, il cittadino polacco affermava di risiedere in Germania ma di recarsi nei Paesi Bassi con frequenza per l'acquisto di stupefacenti. Lo stesso soggetto, dovendo presentarsi ad una udienza del Tribunale olandese, il giorno prima veniva arrestato e preso in custodia per furto. FS veniva, quindi, posto in detenzione per motivi di ordine pubblico dalle autorità olandesi, per evitare che si sottraesse ai controlli delle autorità e consentire un'effettiva procedura di espulsione. In attesa di due distinti ricorsi da parte del soggetto nei confronti dell'espulsione e della detenzione, le misure sono state rispettivamente vietate e sospese.

Rispetto a questo caso, il Consiglio di Stato olandese ha ritenuto di adire la CGUE con rinvio pregiudiziale per sottoporre alcune questioni tra esse correlate: in primo luogo, il giudice nazionale chiede se un ordine di espulsione, emesso ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2004/38, sia immediatamente esecutivo e perda di efficacia qualora il cittadino dell'UE abbia lasciato il territorio nel tempo previsto; in caso di responso positivo, si interroga in quali casi il soggetto ha la possibilità di acquisire un diritto di soggiorno ai sensi dell'art 6(1) della medesima direttiva e se lo Stato membro possa emettere un ulteriore ordine di espulsione; in caso di responso negativo, il giudice nazionale chiede alla Corte se e per quanto tempo il soggetto debba astenersi dal rientrare nel territorio dello Stato membro.

² CGUE (Grande Sezione), Sentenza del 22 giugno 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-719/19, EU:C:2021:506.

2.1. *La decisione della Corte nel caso Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*

Con la sentenza emessa il 22 giugno 2021, la CGUE ha osservato preliminarmente che la questione principale riguardava il diritto di reingresso, ex art. 6 della direttiva 2004/38, per il cittadino europeo colpito da un provvedimento di espulsione, ai sensi dell'art 15 della medesima direttiva. La Corte ha stabilito, *in primis*, di sondare se sia sufficiente la mera partenza fisica del cittadino dell'Unione dallo Stato membro ospitante affinché l'ordine di espulsione possa essere considerato come effettivo e, quindi, non possa più essere invocato dalle autorità nazionali. Rispetto a questo primo punto, i giudici di Lussemburgo rilevano come l'art. 15(1) della direttiva 2004/38 e le successive disposizioni siano insufficienti per dirimere tale questione. Tuttavia, esaminando l'obiettivo perseguito e il contesto normativo generale, la Corte sancisce che la semplice partenza dal territorio da parte del cittadino dell'UE non può essere assunta come criterio per considerare effettivo un ordine di espulsione, anche ai sensi di quanto stabilito dagli artt. 6, 7 e 14 della direttiva 2004/38; il semplice abbandono fisico del territorio – a parere dei giudici – darebbe luogo al soggiorno temporaneo di cui all'art. 6 senza alcun limite esplicito e renderebbe inefficace la presenza dei requisiti sanciti dall'art. 7 della direttiva in esame.

La CGUE stabilisce, quindi, che un cittadino dell'Unione deve non solo lasciare fisicamente il territorio dello Stato ospitante, bensì deve realmente ed effettivamente porre fine al suo soggiorno in tale territorio, di modo che, in caso di reingresso, non si possa ritenere che il suo soggiorno costituisca di fatto una continuazione del precedente. Successivamente, i giudici hanno inteso verificare l'esistenza e la natura di criteri per fare in modo che l'espulsione possa considerarsi effettiva: seguendo, anche in questo caso, le conclusioni dall'Avvocato generale Rantos, il quale obiettava il divieto di reingresso di tre mesi proposto dal governo, la Corte afferma che il tempo trascorso al di fuori dello Stato membro è solo uno dei criteri che determinano l'effettivo abbandono del territorio; insieme a questo – aggiungono i giudici – vanno considerate altre azioni quali la cancellazione da un registro anagrafico, la risoluzione di un contratto di locazione o di un contratto di fornitura di servizi pubblici, un trasloco, la cancellazione da un servizio di inserimento professionale, che costituiscano la prova che il cittadino dell'Unione abbia trasferito il centro dei suoi interessi personali, professionali o familiari in un altro Stato membro.

Infine, così come richiesto dal giudice del rinvio, la Corte si sofferma sul

mancato rispetto di un atto di espulsione e sulla sua eventuale validità nel tempo: a tal proposito, i giudici concludono che lo Stato membro non è obbligato a emettere un nuovo provvedimento, sempre che le circostanze alla base dello stesso siano rimaste invariate. In caso contrario, sarà compito delle autorità nazionali valutare se sussiste un diritto di soggiorno, ai sensi dell'art. 7 della direttiva 2004/38.

3. *Considerazioni conclusive*

Le sentenze in commento sono di sicuro rilievo per comprendere il perimetro e l'essenza del diritto alla libera circolazione dei cittadini europei, ai sensi dell'art. 21 TFUE e della direttiva 2004/38. In particolar modo, le due decisioni forniscono un chiarimento essenziale alle autorità degli Stati membri per ciò che concerne la cessazione del diritto di soggiorno, l'espulsione e la proporzionalità delle misure preventive e detentive da porre in essere nei confronti dei cittadini europei e dei loro familiari.

In questa occasione, la CGUE ha avuto modo di affrontare anche il tema del reingresso dei soggetti provenienti da uno Stato membro e dei criteri da utilizzare per considerare effettivo l'allontanamento dal territorio di uno Stato membro. Su queste questioni, si apprezza molto l'intervento della Corte nell'identificare le caratteristiche che riguardano il provvedimento di espulsione, così come nel chiarire che tali questioni devono essere trattate con un approccio *case by case*, sondando sempre la specificità delle situazioni giuridiche.

Per altri versi, e come già affermato in precedenza³, i giudici di Lussemburgo ammettono che talune misure preventive e/o detentive siano applicabili ai cittadini europei nel medesimo modo previsto per i cittadini di Stati terzi, sempre che non sussistano trattamenti differenti per i primi, ai sensi delle direttive europee. In tal senso, diventa essenziale per le autorità degli Stati membri preservare il diritto alla libera circolazione delle persone e, non di meno, assicurare sempre il principio di proporzionalità nelle azioni intraprese. In tal senso, si comprende maggiormente la specifica condizione giuridica riconosciuta ai cittadini dell'UE per effetto della normativa europea, non sempre assimilabile a quella dei cittadini provenienti dai Paesi terzi: l'ingresso e il soggiorno di questi ultimi, come è noto, è regolamentato da

³ *Ex multis*, CGUE, sentenza del 14 settembre 2017, *Ovidiu-Mihăiță Petrea*, C-184/16, EU:C:2017:684.

specifici atti normativi interni e da strumenti di politica migratoria, con le peculiarità dei diversi Stati; la circolazione dei cittadini dell'Unione e il loro stabilimento, invece, si basa su quello «status fondamentale»⁴ che garantisce anche l'integrazione tra i diversi territori dell'Unione europea.

Tuttavia, questa libertà di movimento non deve essere considerata come assoluta ma possiede alcuni limiti espliciti: in queste due decisioni, infatti, i giudici richiamano le autorità nazionali a sondare che i cittadini dell'UE abbiano effettivamente concluso il legame con il territorio, senza fare alcun riferimento – almeno in questa occasione – all'avvenuta integrazione o al radicamento di questi soggetti all'interno delle comunità ospitanti. Tale criterio si impone in tutta la sua pervasività rispetto alle prerogative necessarie a concedere un diritto di reingresso per i cittadini europei. In questo senso, il richiamo al principio di proporzionalità diventa ulteriormente importante e cruciale, specie se si considera la delicata valutazione di tutte le situazioni che rientrano nella tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

⁴ CGUE, sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458.

LE RELAZIONI PERICOLOSE: LA CORTE DI GIUSTIZIA
ED IL MANTENIMENTO DEL DIRITTO DI SOGGIORNO
DELLO STRANIERO VITTIMA DI VIOLENZA DOMESTICA

Angelo Marletta*

SOMMARIO: 1. La vicenda all'origine del procedimento principale. – 1.1. Il quadro normativo e la questione pregiudiziale. – 2. La ricevibilità della questione ed il *revirement* rispetto alla sentenza NA (C-115/15). – 2.2. La non comparabilità delle situazioni alla luce del principio di eguaglianza di fronte alla legge. – 3. Commento.

1. *La vicenda all'origine del procedimento principale*

La decisione *X c. État belge*¹ in commento, emessa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia il 2 settembre 2021, origina da una richiesta di rinvio pregiudiziale di validità sollevata dal *Conseil du Contentieux des Étrangers* belga nell'ambito di una controversia relativa al mantenimento del diritto di soggiorno da parte del Sig. X, cittadino algerino che aveva contratto matrimonio nel 2010 con una cittadina francese residente in Belgio.

Nel 2012, X si era recato in tale Stato Membro per raggiungere la moglie ed aveva successivamente ottenuto dallo Stato belga, nel dicembre 2013, un permesso di soggiorno in quanto familiare di cittadino dell'Unione. Nella primavera del 2015 X presentava alle autorità giudiziarie belghe una denuncia per atti di violenza domestica di cui era stato vittima da parte della moglie e lasciava il domicilio coniugale. La moglie del signor X, il 10 settembre 2015, faceva ritorno in Francia. Quasi tre anni dopo, il 5 luglio 2018, il signor X avviava il procedimento di divorzio, pronunciato il successivo 24 luglio.

Constatata la fine della coabitazione e dopo l'avvio di un procedimento di revoca del permesso di soggiorno, le autorità belghe avevano richiesto al signor X di provare i suoi mezzi di sostentamento ed il possesso di una assicurazione medica, richiesta a cui X aveva risposto segnalando di essere vitti-

* Ricercatore post dottorato, Université libre de Bruxelles.

¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 2 settembre 2021, *X c. État belge*, C-930/19, EU:C:2021:657.

ma di violenza domestica e chiedendo il mantenimento del proprio diritto di soggiorno sul territorio del Belgio in forza dell'articolo 42-*quater*, paragrafo 4, comma 4 della legge sugli stranieri del 15 dicembre 1980. Tale previsione attua nell'ordinamento belga l'art. 13 paragrafo 2, primo comma *lett. c)* della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione² e, conformemente, prevede che il cittadino di Paese terzo, stabilitosi sul territorio belga come familiare di un cittadino dell'Unione, possa mantenere il suo diritto di soggiorno quando il matrimonio o l'unione civile registrata siano sciolti o la coabitazione cessata e ricorrano "situazioni particolarmente difficili", tra le quali l'essere vittima di violenza domestica. In tali casi, sempre in conformità al già citato art. 13 paragrafo 2, primo comma *lett. c)* della Direttiva sulla libera circolazione, la legge belga subordina il mantenimento del diritto di soggiorno alla prova di risorse sufficienti e al possesso di una assicurazione sanitaria.

La richiesta del signor X di mantenimento del diritto di soggiorno veniva quindi rigettata dalle autorità belghe le quali contestavano al signor X di non aver fornito prova di risorse sufficienti al proprio mantenimento. Avverso tale rigetto X ricorreva al *Conseil du Contentieux des Étrangers* da cui, appunto, originava la questione pregiudiziale per la Corte di Giustizia.

1.1. *Il quadro normativo e la questione pregiudiziale*

Nel procedimento di fronte al *Conseil du Contentieux des Étrangers* la difesa del signor X metteva in discussione il quadro normativo sovranazionale di cui l'articolo 42-*quater*, paragrafo 4, comma 4 della legge belga sugli stranieri costituisce attuazione espressa: l'art. 13 paragrafo 2, primo comma *lett. c)* e secondo comma della Direttiva 2004/38/CE (*Direttiva sulla libera circolazione*).

Entrambe le disposizioni citate, infatti, subordinano il mantenimento del diritto di soggiorno del cittadino di Paese terzo non più coniugato con un cittadino dell'Unione e vittima di violenza domestica alla dimostrazione "di risorse sufficienti affinché non divenga[no] un onere per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante". A tal riguardo, veniva fatto notare che tale requisito non sia richiesto dall'art. 13 paragrafo 3 della Direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare³, norma dedicata al cittadi-

² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, GU UE L 158 del 30 aprile 2004, pp. 77-123.

³ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, GU UE L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12-18.

no di un Paese terzo ricongiuntosi ad altro cittadino di Paese terzo regolarmente soggiornante sul territorio dell'Unione e che permette il rilascio di un permesso di soggiorno su base personale al primo in caso di vedovanza, divorzio, separazione. Tale previsione, attuata nel diritto belga dall'art. 11 paragrafo 2 della già citata legge sugli stranieri del 15 dicembre 1980, si applica anche nel caso in cui il divorzio o la separazione dal familiare ricongiunto siano riconnessi alla condizione di vittima di violenza domestica.

Per la difesa di X, il raffronto tra le due direttive avrebbe fatto emergere l'esistenza di un regime differenziato e più favorevole per il mantenimento del diritto di soggiorno da parte della vittima di violenza domestica (non più) coniugata con cittadino di paese terzo rispetto a quella (non più) coniugata con un cittadino dell'Unione. Il giudice *a quo* ravvisando un potenziale carattere discriminatorio di tale regime differenziato sollevava, quindi, una questione pregiudiziale di validità dell'art. 13 paragrafo 2, primo comma, *lett c*) della Direttiva sulla libera circolazione alla luce degli articoli 20 (uguaglianza davanti alla legge) e 21, paragrafo 2 (non discriminazione sulla base della nazionalità) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("CDFUE")⁴.

2. *La ricevibilità della questione ed il revirement rispetto alla sentenza NA (C-115/15)*

Un importante nodo preliminare verteva sulla applicabilità dell'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione nel caso di specie e, di conseguenza, sulla ricevibilità della questione pregiudiziale. La Commissione europea ed il Parlamento europeo, intervenute nel giudizio, avevano infatti sollevato dubbi su tale circostanza basandosi sulla giurisprudenza precedente della stessa Corte di Giustizia nei casi *Singh*⁵ e C-115/15, *NA*⁶. In tali decisioni – e, in particolare, in *NA*, caso anch'esso relativo a vicende di violenza domestica – la Corte aveva statuito che il diritto al mantenimento del soggiorno da parte del cittadino di Paese terzo potesse esercitarsi a norma dell'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione solo qualora il procedimento di divor-

⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GU UE C 202 del 7 giugno 2016, pp. 389-405.

⁵ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 16 luglio 2015, *Singh ed altri c. Minister for Justice and Equality*, C- 218/14, EU:C:2015:476.

⁶ CGUE, sentenza del 30 giugno 2016, *Secretary of State for the Home Department c. NA*, C- 115/15, EU:C:2016:487.

zio o di separazione dal coniuge cittadino UE fosse stato avviato prima della partenza di quest'ultimo dal territorio dello Stato Membro ospitante (si veda, in particolare il punto 51 della sentenza *NA*). Secondo tale impostazione, infatti, la partenza del cittadino dell'Unione dal territorio dello Stato Membro ospitante avrebbe determinato la automatica cessazione del diritto soggiorno per il cittadino di Paese terzo ad esso legato da un rapporto di coniugio. Nel caso di specie, la questione avrebbe dovuto esser dichiarata irricevibile in quanto, come si è poc'anzi accennato, il signor X aveva avviato il procedimento di divorzio quasi tre anni dopo la partenza della moglie dal territorio belga.

Nel rispondere a tale obiezione, sia l'Avvocato Generale nelle proprie Conclusioni⁷ che la Corte nella propria motivazione hanno svolto una opportuna rivisitazione di tale giurisprudenza che, peraltro, era stata oggetto di critiche particolarmente dure⁸. La sentenza *X* ribadisce, in primo luogo, la natura eccezionale delle disposizioni di cui all'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione (cfr. punto 34 della sentenza), in quanto essa permetterebbe, in determinati casi, il "mantenimento" su base personale del diritto di soggiorno in capo a cittadini di Paesi terzi che, a seguito di divorzio, annullamento del matrimonio o cessazione di un'unione registrata, non risulterebbero più "familiari" di un cittadino dell'Unione. Nell'architettura della Direttiva sulla libera circolazione, infatti, il diritto di soggiorno al seguito del familiare cittadino dell'Unione è concepito in forma derivata e dipendente all'esercizio della libertà di circolazione da parte di quest'ultimo, mentre tali eccezioni risponderebbero all'obiettivo di fornire una "certa tutela giuridica" ai cittadini di Paesi terzi familiari del cittadino dell'Unione, in particolare, sottraendoli al rischio di un ricatto tramite la minaccia del divorzio (cfr. punto 38 della sentenza). Seguendo l'impostazione dell'Avvocato Generale (le cui Conclusioni sul punto, tuttavia, si presentano ben più estese ed articolate, cfr. ivi punti 84-107), la Corte si focalizza poi sulla specificità della fattispecie prevista dalla *lett. c)* dell'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione, disposizione dedicata al mantenimento del diritto di soggiorno da parte della vittima di violenza domestica. Ipotesi, quest'ultima, "patologica" e non assimilabile alle altre ipotesi di cessazione della condizione di familiare previste dallo stesso paragrafo 2 alle *lett. a), b) e c)*.

Nei casi di violenza domestica, la Corte ha quindi riconosciuto che la ne-

⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 22 marzo 2021 nella causa *X contro État belge*, C-930/19, EU:C:2021:225.

⁸ Si veda, in particolare, S. PEERS, *Domestic violence and free movement of EU citizens: a shameful CJEU ruling*, in *EU Law Analysis*, 26 luglio 2016.

cessità di tutelare la vittima si ponga in termini specifici ed esige di scongiurare il rischio che il coniuge maltrattato possa venire ricattato non solo con la minaccia del divorzio ma anche con la minaccia della partenza del cittadino dell'Unione. Determinando la cessazione del diritto di soggiorno del familiare nello Stato Membro ospite, la minaccia della partenza del coniuge cittadino dell'Unione, infatti, potrebbe divenire un mezzo di pressione «manifestamente contrario all'obiettivo di garantire la tutela della vittima» (cfr. punto 42 della sentenza). Pertanto, la Corte effettua un chiaro *revirement* rispetto a quanto da essa stessa affermato nel 2016 con la sentenza *NA*: il mantenimento del diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione deve ritenersi possibile anche qualora la procedura giudiziaria di divorzio o separazione sia stata avviata dopo la partenza del cittadino UE, purché entro un termine ragionevole da tale partenza (cfr. punto 43 della sentenza).

Quanto al caso di specie, la Corte ha incidentalmente osservato che il decorso di quasi tre anni tra la partenza del coniuge e l'avvio della procedura di divorzio da parte del signor X non sembrasse corrispondere ad un termine "ragionevole", tuttavia, rimettendo la valutazione in concreto al giudice *a quo* su tale profilo, ha dichiarato la questione pregiudiziale ricevibile.

2.1. *La non comparabilità delle situazioni alla luce del principio di eguaglianza di fronte alla legge*

Entrando nel merito della questione pregiudiziale di validità dell'art. 13 paragrafo 2, *lett. c)* della *Direttiva sulla libera circolazione*, la Corte ha, in primo luogo, escluso dal perimetro del giudizio la rilevanza dell'art. 21 paragrafo 2 della CDFUE evocato dal giudice rimettente. La norma di diritto primario invocata, infatti, pur facendo riferimento al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle sole situazioni in cui un cittadino di uno Stato Membro riceva un trattamento discriminatorio rispetto ai cittadini di un altro Stato Membro in ragione della propria nazionalità (l'art. 21 paragrafo 2 della CDFUE corrisponde all'art. 18, primo comma del TFUE; cfr. punti 50-52 della sentenza).

Vertendo, diversamente, la questione su una potenziale disparità di trattamento tra due categorie di cittadini di Paesi terzi - le vittime di violenza domestica familiari di un cittadino dell'Unione e le vittime di violenza domestica familiari ricongiunti di cittadini di Paesi Terzi - la Corte ha identificato il parametro rilevante nell'art. 20 della CDFUE e nel principio di uguaglianza davanti alla legge (cfr. punti 54 e 57 della sentenza).

Dopo aver, quindi, richiamato la natura di principio generale della eguaglianza di fronte alla legge, essa ha ribadito la sua consolidata giurisprudenza sul carattere relazionale del principio, inteso come esigenza di non trattare in modo diverso le situazioni comparabili e di non trattare allo stesso modo le situazioni diverse, salvo che un tale trattamento sia obiettivamente giustificato (cfr. paragrafo 57 della sentenza e riferimenti alla giurisprudenza, in particolare ai casi *Schaible*⁹ e *Egenberger*¹⁰).

In questa prospettiva, la Corte ha articolato una analisi della comparabilità tra il regime applicabile alla vittima di violenza domestica ai sensi dell'art. 13 paragrafo 2 *lett. c)* della Direttiva sulla libera circolazione e quello applicabile ai sensi dell'art. 15 paragrafi 3 e 4 della Direttiva sul ricongiungimento familiare.

Nel condurre tale disamina, la Corte pur riconoscendo in prima battuta la comune finalità di tutela dei familiari delle vittime di violenza domestica sottesa ai due regimi (cfr. punti 68-70 della sentenza), essa ha ritenuto non comparabili le due situazioni rispetto:

- alla “natura” dei settori interessati dalle due direttive: mentre la Direttiva sulla libera circolazione attua una libertà fondamentale prevista dai Trattati, la Direttiva sul ricongiungimento familiare è espressione di una competenza di armonizzazione in un settore di competenza concorrente (lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, cfr. i punti 72 e 76 della sentenza);
- all'oggetto e gli obiettivi perseguiti dalle due direttive: mentre la Direttiva sulla libera circolazione disciplina solo ancillarmente gli aspetti di tutela ed integrazione dei familiari dei cittadini dell'Unione, la Direttiva sul ricongiungimento familiare ha per oggetto “di stabilire, su basi comuni, le condizioni materiali dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare” e persegue come obiettivo generale e principale l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi (cfr., in particolare, i punti 79, 82 e 83 della sentenza);
- al potere discrezionale lasciato agli Stati Membri: fatta salva la possibilità di garantire condizioni più favorevoli, il potere discrezionale degli Stati Membri è limitato rispetto alla implementazione della Direttiva sulla libera circolazione; l'art. 15 paragrafo 4 della Direttiva sul ricongiungimento familiare, invece, lascia agli Stati membri una ampia discrezionalità, rinviando al

⁹ CGUE, sentenza del 17 ottobre 2013, *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*, C-101/12, EU:C:2013:661.

¹⁰ CGUE (Grande Sezione), sentenza dell'11 luglio 2006, *Franz Egenberger GmbH*, C-313/04, EU:C:2006:454.

diritto nazionale la determinazione dei requisiti del rilascio e della durata del permesso di soggiorno autonomo per lo il cittadino di Paese terzo ricongiunto e vittima di violenza domestica (cfr. punti 87 ed 88 della sentenza).

Da tali differenze, la Corte ha concluso per la non comparabilità tra i due regimi ed ha escluso che i requisiti previsti dall'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione per il mantenimento del diritto al soggiorno in caso di violenza domestica – nella specie, la necessità di dimostrare risorse sufficienti – potessero confliggere con il principio di eguaglianza.

3. *Commento*

La sentenza *X contro État belge* costituisce un opportuno *revirement* rispetto alla precedente decisione nel caso *NA* che aveva suscitato forti critiche da parte della dottrina¹¹. In quella decisione, la Corte aveva infatti esteso, in termini poco meditati, l'impostazione della sentenza *Singh ed altri* del 2014 – elaborata rispetto alle ipotesi di cui alla *lett. a)* dell'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione – alle ipotesi di violenza domestica, perdendo così di vista la “patologica” specificità delle situazioni considerate dalla *lett. c)* dall'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione rispetto alle altre ipotesi di mantenimento del diritto di soggiorno ivi previste. La *ratio* “anti-abusiva” della sentenza *Singh* risultava disfunzionale rispetto all'obiettivo di garantire una effettiva tutela della vittima di violenza domestica: come osservato dall'Avvocato Generale nelle proprie Conclusioni in *X* (cfr. punto 88), subordinando il mantenimento del diritto di soggiorno alla permanenza del coniuge sul territorio dello Stato Membro ospitante fino all'inizio del procedimento di divorzio, quella giurisprudenza rischiava di esporre la vittima di violenza domestica ad un ulteriore rischio di ricatto da parte del coniuge con la minaccia della partenza.

Un tale assetto, in effetti, appariva incoerente rispetto agli sviluppi normativi – per vero già occorsi ai tempi di *NA* – in tema di protezione delle vittime particolarmente vulnerabili a livello di diritto dell'Unione (cfr., ad

¹¹ Si vedano C. BRIDDICK, *Combating or enabling domestic violence? Evaluating the residence rights of migrant victims of domestic violence in Europe*, in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 4/2020, pp. 1013-104 ss.; S. PEERS, *Op. cit.*, *passim*; F. STRUMIA, *Divorce immediately, or leave. Rights of third country nationals and family protection in the context of EU citizens' free movement: Kuldip Singh and Others*, in *Common Market Law Review*, n. 5/2016, pp. 1373-1393.

esempio, l'art. 22 paragrafo 3 della Direttiva 2012/29/UE sulla tutela delle vittime di reato¹²) ed a livello di Consiglio d'Europa con la Convenzione di Istanbul¹³ (in particolare si veda l'art. 59). Curiosamente, tale ultimo strumento, non ancora direttamente vincolante per l'Unione ma più volte citato dall'Avvocato Generale nelle proprie Conclusioni, sembra restare sullo sfondo della motivazione della Corte, la quale evita ogni riferimento diretto. Ad ogni modo, la soluzione adottata dalla Corte in *X contro État belge*, ammettendo la possibilità di mantenimento del diritto di soggiorno da parte della vittima di violenza domestica purché che l'azione di divorzio sia avviata entro un tempo ragionevole dalla partenza del coniuge cittadino UE, riconcilia l'interpretazione dell'art. 13 paragrafo 2, *lett. c*) della Direttiva sulla libera circolazione con le sue finalità di tutela.

D'altro canto, la pronuncia in *X* si rivela meno convincente sul merito della questione di validità. Quella stessa prospettiva di tutela della vittima opportunamente valorizzata dalla Corte in punto di ricevibilità della questione sembra, infatti, sfumare e recedere nel contesto della "analisi differenziale" svolta immediatamente dopo dal collegio giudicante sulla comparabilità delle due situazioni a confronto. Secondo la Corte, la situazione delle due tipologie di vittime di violenza domestica (quella commessa da parte del coniuge cittadino UE e quella commessa da parte del coniuge cittadino di Paese terzo) non sarebbero in ultima istanza comparabili data la diversità dei settori, dell'oggetto e degli obiettivi perseguiti dagli strumenti di diritto secondario che contengono le rispettive norme a tutela dell'ex familiare-vittima.

Dal punto di vista della tutela della vittima, l'analisi desta perplessità e, per vero, può dubitarsi che la diversità di settori, oggetto ed obiettivi generali delle due direttive giustifichi, in sé e per sé, una frammentazione della comune finalità di tutela sottesa alle due specifiche disposizioni poste a raffronto (l'art. 13 paragrafo 2, *lett. c*) della Direttiva sulla libera circolazione e l'art. 15 paragrafo 3 della Direttiva sul ricongiungimento familiare). In altre parole, ritiene chi scrive che, una volta riconosciuta la comune finalità di tutela perseguita dalle disposizioni citate, avrebbe dovuto essere il presupposto fattuale – e, cioè, la condizione di vittima di violenza domestica che fenomeni-

¹² Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, GU UE L 315 del 14 novembre 2012, pp. 57–73.

¹³ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, aperta alla firma ad Istanbul l'11 maggio 2011, Serie dei Trattati del Consiglio d'Europa – N° 210.

camente tale resta anche a fronte della diversità di settori, oggetti ed obiettivi delle direttive – a guidare l'analisi sulla omogeneità/eterogeneità delle situazioni.

Del resto, potrebbe anche dubitarsi la stessa proporzionalità della scelta del legislatore di accomunare le diverse ipotesi di cessazione del vincolo familiare di cui all'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione quanto al rispetto del requisito della disponibilità di risorse «affinché non divengano un onere per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante». Non di rado, infatti, la violenza domestica si accompagna a situazioni di vulnerabilità economica del coniuge maltrattato e vi sarebbero, pertanto, buone ragioni per sostenere che l'imposizione di un tale requisito anche nelle ipotesi della *lettera c)* dell'art. 13 paragrafo 2 della Direttiva sulla libera circolazione possa vanificare il perseguimento delle specifiche finalità di tutela della disposizione. Sul punto, le Conclusioni dell'Avvocato Generale in *X* presentano spunti di sicuro interesse: l'Avvocato generale, infatti, segnala che una disapplicazione caso per caso del requisito delle risorse nei confronti delle vittime di violenza domestica non solo risulterebbe coerente con le finalità di tutela della norma, ma sarebbe anche consentito dallo stesso articolo 37 della Direttiva sulla libera circolazione che permette agli Stati membri di applicare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative “più favorevoli” (cfr. i punti 140-142 delle Conclusioni).

Si tratta, indubbiamente, di spunti che meglio si adattano alla struttura argomentativa di un rinvio pregiudiziale interpretativo che a quello di validità fondato sul parametro del principio d'eguaglianza – e che, probabilmente, proprio per tale ragione non sono stati recepiti dalla Corte – ma che si spera possano, in un prossimo futuro, trovare un più compiuto sviluppo nei seguiti giurisprudenziali sul tema.

TRA COLORO CHE SON SOSPESI: LA CORTE DI GIUSTIZIA ED IL RIMPATRIO DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

Angelo Marletta*

SOMMARIO: 1. La vicenda all'origine del procedimento principale e le questioni pregiudiziali. – 2. La definizione di minore e la verifica sulla accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio. – 2.1. La distinzione tra minori infra ed ultraquattordicenni. – 2.2. L'efficace politica di rimpatrio ed il dovere di lealtà UE. – 3. Commento.

1. *La vicenda all'origine del procedimento principale e le questioni pregiudiziali*

La decisione *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* in commento¹, emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea il 14 gennaio 2021, trae origine da un rinvio pregiudiziale del Tribunale distrettuale dell'Aia, sezione di 's-Hertogenbosch, effettuato nel contesto di un ricorso contro una decisione di rimpatrio adottata dal Segretario di Stato olandese nei confronti di TQ, minore straniero non accompagnato (MSNA).

All'età di 15 anni e quattro mesi TQ, MSNA, aveva presentato domanda di permesso di soggiorno a tempo determinato per richiedente asilo secondo le disposizioni della legge olandese sugli stranieri. Il Segretario di Stato aveva respinto la richiesta in quanto infondata, disponendo il rimpatrio ed il contestuale e temporaneo rinvio dell'accompagnamento alla frontiera. Tale rinvio temporaneo era stato successivamente revocato e sostituito con un obbligo di partenza volontaria entro un termine di quattro settimane.

Avverso tale decisione di rimpatrio, TQ aveva proposto ricorso di fronte al Tribunale distrettuale dell'Aia, il quale a sua volta aveva sospeso il giudizio ed interrogato la Corte di Lussemburgo sulla compatibilità con la *Direttiva rimpatri*² e con le rilevanti disposizioni della Carta dei Diritti Fondamentali

* Ricercatore post dottorato, Université libre de Bruxelles.

¹ CGUE, sentenza del 14 gennaio 2021, *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-441/19, EU:C:2021:9

² Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU UE L 348 del 24 dicembre 2008, pp. 98-107.

dell'Unione europea³ (CDFUE) della legislazione e prassi amministrativa nazionale relativa ai MSNA.

In particolare, il giudice del rinvio concentrava la propria attenzione sulla prassi prevista da una circolare ed alla base della vicenda espulsiva del ricorrente che distingue, qualora questi non possano beneficiare né dello status di rifugiato né della protezione sussidiaria, tra MSNA di età inferiore a quindici anni e MSNA di età superiore a quindici anni relativamente alla verifica dell'esistenza di una accoglienza adeguata nel Paese di rimpatrio.

Nel primo caso, le autorità sarebbero obbligate a svolgere una tale verifica e, ove questa dovesse dare esito negativo, a rilasciare MSNA di un permesso di soggiorno temporaneo. Nel secondo caso, un tale accertamento non sarebbe richiesto e le autorità si limiterebbero a non eseguire le decisioni di rimpatrio adottate nei confronti degli MSNA fino al compimento del diciottesimo anno di età. Per tale categoria di soggetti sarebbe, pertanto, precluso il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo e la loro presenza sul territorio olandese rimarrebbe irregolare ma tollerata fino al conseguimento della maggiore età.

A fronte di tale quadro, il giudice del rinvio formulava tre questioni pregiudiziali, chiedendo:

1. Se le pertinenti disposizioni della Direttiva rimpatri (art. 10 ed art. 5 lett. a) interpretate alla luce degli articoli 4 (proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) e 24 (diritti del minore) della CDFUE impongano l'accertamento di una accoglienza adeguata prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio nei confronti di un MSNA;

2. Se una distinzione tra MSNA in base alla età, quale quella prevista nella prassi amministrativa olandese, sia consentita dall'art. 6 § 1 della Direttiva rimpatri letta alla luce dell'art. 21 CDFUE (non discriminazione);

3. Se l'art. 6 § 4 della Direttiva vada interpretato nel senso che laddove un MSNA non venga concretamente allontanato la decisione di rimpatrio vada revocata e vada concesso un permesso di soggiorno regolare o se, per converso, la adozione di una decisione di rimpatrio nei confronti di un MSNA cui non segua l'allontanamento fino al compimento della maggiore età sia compatibile con il principio di lealtà (o leale cooperazione).

³ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GU UE C 202 del 7 giugno 2016, pp. 389-405.

2. *La definizione di minore e la verifica sulla accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio*

Nel rispondere ai quesiti la Corte di Giustizia ha preliminarmente svolto alcune considerazioni sulla definizione di minore e MSNA nel contesto della Direttiva rimpatri. Tale atto di diritto derivato dell'Unione, infatti, pur facendo riferimento ad entrambe le categorie all'interno concetto di "persone vulnerabili" e pur dettando norme ad essi specificamente applicabili (in particolare, gli artt. 5 *lett. a*), 10 e 17), non fornisce una definizione di quali soggetti debbano ritenersi minori e MSNA ai fini della applicazione della disciplina dei rimpatri.

La Corte ha pertanto ritenuto necessario, ai fini di una «applicazione coerente ed uniforme» del diritto UE, fornire una definizione orizzontale dei due termini richiamando la *Direttiva accoglienza*⁴, la quale espressamente definisce come minore «il cittadino di un paese terzo o l'apolide d'età inferiore agli anni diciotto» (art. 2 *lett. d*) e come MSNA «il minore che entri nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile per legge o per prassi dello Stato membro interessato» ed «il minore che viene abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri» (art. 2 *lett. e*).

Chiariti gli aspetti definitori, la Corte si è quindi pronunciata sulla prima delle tre questioni pregiudiziali evidenziando, anzitutto, come l'art. 24 della CFUE imponga a livello di diritto primario la considerazione preminente dell'interesse del minore in tutti gli atti ad esso relativi e che, pertanto, l'art. 5 *lett a*) della *Direttiva rimpatri*, in quanto attuativo di tale obbligo, debba declinarsi rispetto in ogni fase della procedura di rimpatrio (parr. 44 e 45 della sentenza).

Tale considerazione per la Corte dovrebbe anche guidare la corretta interpretazione sistematica e teleologica dell'art. 10 della Direttiva, norma dedicata specificamente al rimpatrio ed allontanamento dei MSNA, permettendo di superare l'obiezione mossa dal governo olandese circa il suo tenore letterale. L'art. 10, infatti, sembrerebbe distinguere tra gli obblighi di verifica incombenti sulla autorità degli Stati Membri nella fase precedente alla adozione della decisione di rimpatrio (§ 1) e nella fase precedente all'effettivo allontanamento (§ 2). Solo in relazione a quest'ultima, la lettera della Diretti-

⁴ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), GU UE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 96-116.

va sembrerebbe esplicitamente richiedere l'accertamento dell'esistenza di una accoglienza adeguata per il MSNA nello Stato di rimpatrio. E ciò, nella visione del governo olandese, renderebbe legittima la prassi sopra menzionata di non procedere a tale verifica prima della adozione di una misura di rimpatrio nei confronti del MSNA ultraquindicenne, in quanto questi non verrebbe comunque allontanato prima del compimento della maggiore età.

Contrariamente, la Corte ha ribadito che la valutazione generale ed approfondita della situazione personale del minore costituisca un obbligo strutturale dell'intera procedura e ha confermato che la verifica di una accoglienza adeguata nello Stato di destinazione debba svolgersi anche prima della adozione della decisione di rimpatrio (parr. 50-55 della sentenza). Una tale verifica, infatti, costituisce un aspetto fondamentale della considerazione del preminente dell'interesse del minore e soprattutto, ove il suo esito dovesse risultare negativo, imporrebbe alle autorità dello Stato Membro di astenersi dalla emissione della stessa decisione di rimpatrio (si vedano i parr. 56-59 della sentenza, ove la Corte ha richiamato l'obbligo gravante su tali autorità di sentire l'interessato rispetto agli elementi indicati *sub* art. 5 della Direttiva – *non-refoulement*, vita familiare, stato di salute ed appunto interesse superiore del bambino – facendo riferimento espresso ai casi *Boudjlida*⁵ e *K.A. e altri*⁶).

D'altro canto, i giudici del Lussemburgo hanno anche osservato che, laddove si escludesse una tale verifica prima della adozione della decisione di rimpatrio, le autorità nazionali finirebbero per emettere decisioni che non potrebbero essere immediatamente eseguite, determinando una situazione di incertezza rispetto allo status giuridico del minore – irregolare ma non allontanabile – incompatibile con l'esigenza di tutelarne il superiore interesse, ad esempio riguardo alla garanzia della frequenza scolastica (par. 53 della sentenza).

Tuttavia, l'obbligo di verificare l'esistenza di una accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio, se deve già adempiersi prima della adozione della decisione di rimpatrio del MSNA non si esaurisce con essa. La corretta interpretazione dell'art. 10 § 2 della Direttiva rimpatri, infatti, impone la considerazione di ogni evoluzione sul punto che dovesse sopraggiungere successivamente all'adozione della decisione di rimpatrio del MSNA. Laddove l'adeguata accoglienza originariamente esistente dovesse venire a mancare, l'allontanamento non potrebbe più essere eseguito (par. 77 della sentenza).

⁵ CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, C-249/13, EU:C:2014:2431. In particolare paragrafo 48 di tale sentenza.

⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza dell'8 maggio 2018, *K.A. e altri c. Belgio*, C-82/16, EU:C:2018:308. In particolare, paragrafo 102 di tale sentenza.

2.1. *La distinzione tra minori infra ed ultraquindicenni*

Anche rispetto alla seconda questione relativa alla distinzione tra minori infra ed ultraquindicenni operata nella prassi amministrativa olandese, la Corte ha focalizzato le proprie argomentazioni sull'art. 24 § 2 CDFUE e sulla natura caso per caso delle valutazioni sul superiore interesse del minore. Alla luce di un tale obbligo di controllo, presunzioni ed automatismi legati al solo criterio dell'età (maggiore o minore di 15 anni) sarebbero incompatibili con la effettiva tutela di tale interesse ed introdurrebbero distinzioni arbitrarie tra individui comunque minori di diciotto anni e, in quanto tali, in una situazione di vulnerabilità comparabile rispetto all'allontanamento (parr. 66 e 67 della sentenza).

Nello svolgere tali considerazioni la Corte non richiama apertamente anche l'art. 21 CDFUE ed il principio di non discriminazione ma sembra comunque recepire la più estesa analisi dell'Avvocato Generale Pikamäe nelle sue Conclusioni⁷ (si vedano i punti 77-81). Il governo olandese in corso di causa aveva infatti provato a giustificare tale distinzione sulla base di una ritenuta durata massima di tre anni delle procedure di asilo nazionali sostenendo che, in quest'ottica, solo gli infraquindicenni necessiterebbero di un regime speciale di soggiorno, poiché al termine del periodo di tre anni essi risulterebbero ancora minorenni. Argomentazione non nitida che sia l'Avvocato Generale che la Corte hanno ritenuto di non accogliere in quanto non conferente alla tutela effettiva del superiore interesse del minore e meramente strumentale a facilitare la routine amministrativa delle autorità nazionali (si vedano in particolare le Conclusioni dell'Avvocato Generale al punto 81).

2.2. *L'efficace politica di rimpatrio ed il dovere di lealtà UE*

In terzo ed ultimo luogo, la Corte ha chiarito che la necessità di valutare l'esistenza di una adeguata accoglienza nel paese di destinazione prima dell'adozione della decisione di rimpatrio si leghi all'obiettivo di stabilire una efficace politica di allontanamento.

La Corte ha ribadito la propria giurisprudenza secondo la quale la constatazione della irregolarità del soggiorno, fatte salve le eccezioni previste dalla Direttiva, comporta per le autorità nazionali l'obbligo di adottare una decisio-

⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe presentate il 2 luglio 2020 nella causa C-441/19, *TQ contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, EU:C:2020:515.

ne di rimpatrio e, in caso di inosservanza dell'obbligo di allontanamento volontario da parte del cittadino del Paese Terzo, l'adozione di tutte le misure necessarie per procedere al rimpatrio con la massima celerità (in particolare parr. 73 e 80 della sentenza con esteso rinvio alla sentenza *Zaizoune*⁸).

Tale quadro mal tollera una prassi quale quella nederlandese, che permette l'adozione di una decisione di rimpatrio non eseguibile (e che di fatto rimarrebbe non eseguita per un lasso di tempo rilevante) e che, in ultima istanza viola il dovere di lealtà da parte degli Stati Membri rispetto gli obiettivi di efficacia perseguiti dalla Direttiva.

3. *Commento*

La Corte di Giustizia, finora, ha avuto modo in diverse occasioni di occuparsi della figura dei MSNA nel contesto delle procedure di accoglienza ed asilo (in particolare, si vedano i casi *MA ed altri c. Secretary of State*⁹ sulla applicazione del Regolamento Dublino ed *Haqbin*¹⁰). Tuttavia, in *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, la Corte di Lussemburgo affronta per la prima volta la delicata questione della applicazione della Direttiva rimpatri nei confronti dei MSNA.

Come anticipato, la Direttiva identifica specificamente i MSNA come “persone vulnerabili” e detta alcune norme *ad hoc* relativamente alla adozione decisione di rimpatrio, all'esecuzione dell'allontanamento ed al loro trattamento. Tuttavia, il suo effetto di armonizzazione sulla materia rimane particolarmente limitato e, come anche segnalato dalla Agenzia dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea nel proprio report del 2019 sul rimpatrio dei MSNA¹¹, le politiche e le prassi degli Stati Membri sul punto variano no-

⁸ CGUE, sentenza del 23 aprile 2015, *Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa – Extranjería c. Samir Zaizoune*, C-38/14, EU:C:2015:260.

⁹ CGUE, sentenza del 6 giugno 2013, *MA e altri c. Secretary of State for the Home Department*, C- 648/11, EU:C:2013:367.

¹⁰ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin c. Federal agentschap voor de opvang van asielzoekers*, C-233/18, EU:C:2019:956. Per un commento si veda M. FORTI, *Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale: la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Haqbin*, in ADiM Blog, 23 dicembre 2019.

¹¹ Fundamental Rights Agency (FRA), *Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations*, report pubblicato 18 settembre 2019.

tevolmente. Allo stato attuale, ma maggioranza degli Stati Membri dell'UE non proibisce il rimpatrio degli MSNA ma molto raramente procede alla sua effettiva esecuzione (come appunto nel caso olandese sottoposto alla Corte). In tali circostanze, non è infrequente che si determini una "zona grigia", un limbo giuridico abitato da soggetti vulnerabili la cui presenza sul territorio dello Stato viene tollerata ma il cui status di soggiorno rimane irregolare. Una tale situazione, come la Corte stessa riconosce in *TQ*, ha indubbiamente un impatto negativo sullo sviluppo del minore, a partire dal suo inserimento scolastico, e si pone in contrasto con la tutela del suo preminente interesse come sancito dall'art. 24 § 2 CDFUE e dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo¹², di cui tutti gli Stati Membri dell'UE sono parte. La tutela del preminente interesse del MSNA, in altri termini, presuppone una ragionevole certezza di status giuridico che *policies* di fatto non garantiscono. Il problema è ben noto e la stessa Commissione europea già nella propria Comunicazione del 2017 sulla protezione dei minori nella migrazione¹³ invocava la predisposizione di norme chiare sullo status dei MSNA non rimpatriabili.

In tale contesto, la pronuncia *TQ* lodevolmente rimarca la necessità di accertare, con la massima diligenza e senza ricorrere a distinzioni arbitrarie, l'esistenza di una accoglienza adeguata "a monte" della decisione di rimpatrio, al fine di limitare il più possibile ed in radice il rischio di creare un "invisibile". Occorre, tuttavia, rilevare che, nonostante il riconoscimento di una incompatibilità tra la incertezza di status del MSNA non rimpatriabile ed il diritto primario dell'Unione, la Corte non si è spinta fino a dichiarare a chiare lettere l'esistenza di un obbligo per gli Stati Membri di rilasciare in tali situazioni allo stesso un permesso di soggiorno, come invece aveva prospettato il giudice del rinvio con la prima parte della sua terza questione pregiudiziale.

La cautela della Corte su tale specifico punto deriva probabilmente dal tenore letterale dell'art. 6 § 4 della Direttiva rimpatri, che, nel prevedere il rilascio di un permesso di soggiorno autonomo per motivi «caritatevoli, umanitari o di altra natura», si esprime ancora nei termini di una mera facoltà degli Stati Membri. Tuttavia, sarebbe auspicabile che in futuro la questione venisse chiarita, se non dalla Corte, dal legislatore europeo nell'ambito del

¹² Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, aperta alla firma a New York il 20 novembre 1983, Serie dei Trattati delle Nazioni Unite (UNTS) vol. 1577, p. 3.

¹³ Comunicazione della Commissione del 12 aprile 2017 sulla protezione dei minori migranti, COM (2017) 211.

recast della Direttiva, vista l'importanza in tale contesto di garantire ai MSNA soluzioni durevoli¹⁴.

¹⁴ Per una riflessione critica sulla capacità delle attuali *policies* dell'Unione di offrire "soluzioni durevoli" ai MSNA si veda J. ALLSOPP, E. CHASE, *Best interests, durable solutions and belonging: policy discourses shaping the futures of unaccompanied migrant and refugee minors coming of age in Europe*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n. 2/2019, p. 293-311.

DENTRO O FUORI? LA APPLICABILITÀ DELLA DIRETTIVA
RIMPATRI ALLE ESPULSIONI “A FINALITÀ PENALE”
ED AI RISPETTIVI DIVIETI DI INGRESSO

Angelo Marletta*

SOMMARIO: 1. La vicenda all’origine del procedimento principale e le norme nazionali rilevanti. – 1.1. La questione della ricevibilità del rinvio: i rimpatri “a finalità penali” e la clausola dell’art. 2 paragrafo 2, *lett. b)* della Direttiva rimpatri. – 2. La decisione della Corte sul merito. – 2.1. Il nesso giuridico di presupposizione-dipendenza tra la decisione di rimpatrio ed il divieto di ingresso. – 3. Commento.

1. *La vicenda all’origine del procedimento principale e le norme nazionali rilevanti*

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso *BZ c. Westerwaldkreis*¹ nasce da una complessa vicenda relativa alla espulsione e al correlativo divieto di ingresso di un cittadino straniero secondo le norme della legge tedesca sul soggiorno, occupazione e integrazione degli stranieri 8di seguito, abbreviata in *AufenthG*)².

BZ, nato in Siria e soggiornante in Germania dal 1990 era divenuto destinatario di un ordine di espulsione ai sensi dell’art. 53 paragrafo 1 dell’*AufenthG* a seguito di una condanna a tre anni e quattro mesi di reclusione per reati di sostegno al terrorismo. La norma citata prevede la possibilità di emettere un ordine di espulsione nei confronti dello straniero il cui soggiorno rappresenti una minaccia per la pubblica sicurezza, l’ordine pubblico, l’ordine costituzionale o per ogni altro prevalente interesse della Repubblica federale. Tale ultima fattispecie include il caso in cui lo straniero sia stato condannato con sentenza passata in giudicato a una pena privativa della libertà.

Nel caso concreto, l’ordine di espulsione nei confronti di *BZ* includeva un divieto di ingresso e di soggiorno in Germania per un periodo di sei anni

* Ricercatore post dottorato, Université libre de Bruxelles.

¹ CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, *BZ c. Westerwaldkreis*, C-546/19, EU:C:2021:432.

² *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*. Il testo in versione inglese della legge è consultabile al seguente indirizzo: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aufenthg/englisch_aufenthg.html.

e veniva accompagnato da un contestuale e autonomo ordine di lasciare il territorio a pena di allontanamento coattivo.

BZ proponeva ricorso contro entrambi i provvedimenti innanzi la Commissione per le opposizioni del distretto di Westerwald, la quale annullava l'ordine di lasciare il territorio a pena di allontanamento coattivo, non essendo possibile l'allontanamento verso la Siria, ma rigettava il ricorso rispetto alle altre censure. A fronte di tale rigetto, BZ prima proponeva, infruttuosamente, appello alla Corte amministrativa superiore della Renania Palatinato e, poi, un ricorso per revisione di fronte al giudice amministrativo da cui origina il rinvio pregiudiziale.

Nell'ambito del procedimento di revisione, infatti, il giudice del rinvio maturava dubbi interpretativi circa la applicabilità nel caso di specie della direttiva rimpatri³, nonché sul nesso giuridico ravvisabile tra la decisione di rimpatrio e il divieto di ingresso.

Pertanto, il giudice formulava due questioni preliminari chiedendo alla Corte di giustizia di chiarire:

a) se il divieto di ingresso emesso nei confronti di uno straniero destinatario di un ordine di espulsione conseguente a una condanna penale ricada nell'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, qualora lo Stato Membro non si sia avvalso della facoltà prevista dall'art. 2 paragrafo 2 lettera *b*) della stessa Direttiva;

b) se, in caso di risposta affermativa alla prima questione pregiudiziale, l'annullamento o la revoca dell'ordine di lasciare il territorio a pena di allontanamento coattivo implicano anche l'illegittimità del correlato divieto di ingresso.

1.1. *La questione della ricevibilità del rinvio: i rimpatri "a finalità penali" e la clausola dell'art. 2 paragrafo 2, lett. b) della Direttiva rimpatri*

La prima questione sollevata dal giudice del rinvio, ovvero, se la direttiva rimpatri sia applicabile nel caso del rimpatrio e del divieto di ingresso conseguenti a una condanna penale quando lo Stato Membro non si sia avvalso della facoltà di cui all'art. 2 paragrafo 2, lett. *b*) della Direttiva è stata anche oggetto di una discussione preliminare rispetto alla ricevibilità dello stesso rinvio pregiudiziale (si veda- no i parr. 35-41 della sentenza e 34-30 delle Conclusioni dell'Avvocato generale⁴).

³ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU UE L 348 del 24 dicembre 2008, pp. 98-107.

⁴ Conclusioni del l'Avvocato generale Priit Pikamäe presentate il 10 febbraio 2021 nella causa C-546/19 BZ contro Westerwaldkreis, EU:C:2021:105.

A tal riguardo, sembra utile una breve digressione. L'art. 2 paragrafo 2, lett. b) della direttiva prevede che gli Stati membri possano decidere di non applicare la direttiva ai cittadini stranieri sottoposti a rimpatrio «come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure d'extradizione». Si tratta di una facoltà di deroga concessa agli Stati Membri per quelle forme di rimpatri e divieti di ingresso – molteplici e presenti in molti sistemi giuridici incluso il nostro – che perseguono “finalità penalistiche” o, comunque, di tutela della collettività *post delictum* (si pensi alle espulsioni previste come misura di sicurezza dal codice penale o dalle leggi speciali)⁵.

Tale facoltà di deroga è rispecchiata anche dal cd. *Manuale sul rimpatrio*⁶ adottato dalla Commissione europea, il quale, rispetto ai divieti di ingresso, sottolinea che «le disposizioni [...] previste dalla Direttiva rimpatri lasciano impregiudicati i divieti d'ingresso emessi per altri fini non legati alla migrazione» (si veda il punto 11 del *Manuale sul rimpatrio*).

Orbene, l'ordine di espulsione previsto dall'art. 53 paragrafo 1 dell'*AufenthG* può essere adottato – e nel caso di *BZ* era stato adottato – come conseguenza di una condanna a pena detentiva per un reato (peraltro, di particolare gravità) e, in questi termini, tanto l'ordine che il correlativo divieto di ingresso sarebbero stati emessi per «fini non legati alla migrazione».

A tale riguardo, nelle prime fasi della procedura di fronte alla Corte di giustizia, il Governo tedesco aveva eccepito la irricevibilità del rinvio pregiudiziale, sottolineando come proprio la relazione esplicativa della legge tedesca di recepimento della Direttiva rimpatri confermasse che la speciale disciplina dettata per la durata dei divieti di ingresso correlati alle espulsioni ex art. 53 paragrafo 1 dell'*AufenthG* si fondasse proprio sulla facoltà prevista dall'art. 2 paragrafo 2 lett. b) della direttiva. Tale circostanza, secondo il Governo tedesco, avrebbe escluso *in nuce* la applicabilità della direttiva rimpatri al caso di specie e, quindi, la sua rilevanza per la risoluzione della controversia nel giudizio *a quo*.

⁵ Sull'ambito di applicazione della Direttiva rimpatri, in dottrina si veda G. CORNELISSE, *The Scope of the Return Directive: How Much Space is Left for National Procedural Law on irregular Migration*, in M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (Eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart, 2020, pp. 41-61.

⁶ Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, GU UE L 339, 19 dicembre 2017, pp. 83-159.

La Corte, tuttavia, non ha aderito a tale impostazione e ha ritenuto la questione ricevibile sulla base della propria giurisprudenza sulla presunzione di rilevanza⁷, oltre che delle precisazioni fornite in corso di causa dal giudice del rinvio. Il giudice *a quo*, infatti, rispondendo a una richiesta di chiarimenti della Corte di giustizia aveva ribadito che, secondo la propria interpretazione del diritto nazionale, il legislatore tedesco non avrebbe integralmente sottratto le espulsioni “a finalità penale” alla disciplina della direttiva rimpatri, ma solo “puntualmente” rispetto alla durata massima dei connessi divieti di ingresso (si vedano, in particolare i paragrafi 38 e 39 della sentenza).

2. La decisione della Corte sul merito

Muovendo al merito, la Corte ha affrontato la prima questione, partendo dalla analisi dell’ambito di applicazione della Direttiva rimpatri e della facoltà di deroga prevista dal suo art. 2 paragrafo 2 *lett. b*).

In primo luogo, la Corte ha ricordato che l’art. 2 paragrafo 1 della Direttiva rimpatri stabilisce che le disposizioni della stessa si applicano «ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare». L’ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva è quindi identificato dalla condizione di “soggiorno irregolare”, definita dall’art. 3 della Direttiva stessa come «presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d’ingresso di cui all’articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d’ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro».

Definita in termini ampi (come evidenzia anche l’Avvocato generale nelle proprie conclusioni al par. 54), la condizione di soggiorno irregolare “*per ciò solo*” determinerebbe la applicabilità della direttiva rimpatri, “indipendentemente dai motivi” che hanno determinato la condizione di irregolarità e “dalle misure che possono essere adottate” nei confronti dello straniero che si trovi in tale condizione (si vedano i parr. 44 e 45 della sentenza).

Pertanto, a fronte di una generale applicabilità della Direttiva ai sensi dell’art. 2 paragrafo 1, la facoltà di deroga prevista dal successivo paragrafo

⁷ *Ex multis*: CGUE (Grande Sezione), sentenza del 22 dicembre 2008, *Régie Network c. Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*, C-333/07, EU:C:2008:764, par. 46 e CGUE, sentenza del 22 settembre 2016, *Breitsamer und Ulrich GmbH c. Landeshauptstadt München*, C- 113/15, EU:C:2016:718, par. 33. Si veda K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, pp. 87-88.

2, *lett. b*) per le forme di rimpatrio “a finalità penale” deve leggersi nei termini stringenti di una eccezione. La sottrazione dei rimpatri “a finalità penale” dall’ambito di applicazione generale della direttiva sarebbe quindi possibile solo e nei limiti in cui la facoltà di deroga sia stata espressamente ed effettivamente esercitata dal legislatore nazionale in sede di implementazione della direttiva stessa. La finalità intrinsecamente “penalistica” perseguita dal provvedimento di espulsione e dal correlativo divieto di ingresso, in altri termini, non sarebbe di per sé sufficiente ad escludere l’applicabilità della direttiva.

Ove la facoltà di deroga fosse stata esercitata “puntualmente”, come sostenuto dal giudice del rinvio nel caso di specie, le disposizioni della direttiva resterebbero comunque applicabili e rilevanti per la interpretazione degli aspetti non espressamente derogati.

A supporto di tale conclusione, la Corte svolge anche un ragionamento *a contrario*, specificando che se le forme di rimpatrio “a finalità penale” fossero state sottratte in via generale dall’ambito di applicazione della direttiva, non sarebbe stato necessario prevedere una espressa facoltà di deroga (si veda il par. 44 della sentenza).

Concludendo sul punto, inoltre, la Corte ha voluto sottolineare come la propria conclusione non possa esser messa in discussione dalle previsioni contenute nel Manuale sui rimpatri il quale, come segnalato poc’anzi, sembrerebbe escludere le forme di rimpatrio ed i divieti di ingresso emessi “per altri fini non legati alla migrazione”. L’ambito di applicazione di una direttiva, infatti, non può venire modificato da una fonte a carattere non vincolante quale è una Raccomandazione (ovvero, l’atto cui il Manuale sui rimpatri è formalmente allegato, si veda il par. 47 della sentenza).

2.1. *Il nesso giuridico di presupposizione - dipendenza tra la decisione di rimpatrio ed il divieto di ingresso*

Riconosciuta la applicabilità della direttiva rimpatri al caso di specie, *quid iuris* rispetto al secondo quesito preliminare? Alla luce della disciplina europea, quali sorti giuridiche dovrebbe seguire il divieto di ingresso dopo l’annullamento amministrativo della decisione di rimpatrio (nel caso di specie, identificata nell’ordine di lasciare il territorio a pena di allontanamento coattivo)?

Secondo il Governo tedesco, intervenuto nel giudizio di fronte alla Corte, il divieto di ingresso non discenderebbe dalla decisione di rimpatrio ma dalla situazione di irregolarità del soggiorno in quanto tale e, pertanto, esso

sopravvivrebbe alla revoca o all'annullamento della predetta decisione (si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale ai parr. 77-78). Anche tale interpretazione non ha trovato accoglimento da parte della Corte.

Prima di addentrarsi nell'analisi della Corte, bisogna anzitutto ricordare che l'art. 11 della Direttiva rimpatri prevede che le "decisioni di rimpatrio" debbano necessariamente essere corredate di un divieto di ingresso quando non sia concesso un periodo per la partenza volontaria o quando lo straniero non abbia ottemperato all'obbligo di rimpatrio. Al di fuori da tali ipotesi, le decisioni di rimpatrio "possono" essere corredate di un tale divieto. In entrambi i casi, tuttavia, il divieto di ingresso "completa" la decisione di rimpatrio ponendosi rispetto a quest'ultima in un rapporto non di mera contestualità ma di dipendenza giuridica. Come sottolineato dall'Avvocato generale la decisione di rimpatrio, infatti, costituisce una «condizione preliminare necessaria per la validità del divieto», il quale non può che seguirne le sorti giuridiche (si veda il par. 76 delle Conclusioni dell'Avvocato generale).

La Corte ha condiviso le Conclusioni dell'Avvocato generale anche su questo punto e ha statuito che il divieto di ingresso non possa autonomamente restare in vita qualora la decisione di rimpatrio sia stata annullata o revocata (par. 54 della sentenza). E in tal senso, del resto, militerebbe anche la circostanza che l'efficacia del divieto possa prodursi solo dal momento dell'effettivo allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato (par. 52 della sentenza, con richiamo alla giurisprudenza precedente e, in particolare, i casi *JZ*⁸ e *Oubrhami*⁹).

Infine, la sentenza nel caso *BZ* ribadisce che la direttiva stabilisce un obbligo per gli Stati membri di adottare una decisione di rimpatrio a fronte di una situazione di soggiorno irregolare, salvo che non ricorrano le eccezioni previste dai paragrafi da 2 a 5 dell'articolo 6 della direttiva. Tale obbligo sarebbe incompatibile con la creazione di cd. "zone grigie" o "status intermedi", e cioè la condizione di quegli stranieri che si trovano sul territorio di uno Stato membro senza alcun diritto o permesso di soggiorno, ma nei cui confronti non sussista, al contempo, una valida decisione di rimpatrio (par. 57 della sentenza e par. 81 delle Conclusioni dell'Avvocato generale). In questa prospettiva, una posizione come quella propugnata dal Governo tedesco e volta a mantenere il divieto di ingresso e soggiorno anche dopo la revoca del-

⁸ CGUE, sentenza del 17 settembre 2020, *JZ*, C-806/18, EU:C:2020:724, si veda, in particolare, il par. 33.

⁹ CGUE, sentenza del 26 luglio 2017, *Mossa Oubrhami*, C-225/16, EU:C:2017:590, si veda, in particolare, il par. 55.

la decisione di rimpatrio se, da un lato, impedisce il consolidamento del diritto di soggiorno dello straniero, dall'altro, contribuisce ad estendere tali "zone grigie", ponendosi in contrasto con lo scopo della direttiva rimpatri di istituire una efficace politica di rimpatrio e di garantire la certezza del diritto (si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale, par. 81) .

3. *Commento*

Ad opinione di chi scrive, la sentenza in commento si segnala per due aspetti di particolare interesse.

In primo luogo, la decisione della Corte (come anche le Conclusioni dell'Avvocato generale) tentano di far ordine nella frammentazione della disciplina dei rimpatri a livello nazionale. Nei diversi sistemi nazionali, infatti, l'espulsione dello straniero persegue diverse finalità e assume molteplici forme ed etichette, spesso frutto di stratificazioni normative formatesi negli anni e, non di rado, sovrapponibili nel singolo caso concreto. L'espulsione/rimpatrio può, infatti, essere una misura amministrativa finalizzata al governo delle migrazioni, una misura di prevenzione *ante delictum*, una sanzione sostitutiva, una misura alternativa alla detenzione strumentale alla riduzione del sovraffollamento carcerario o una misura di sicurezza per lo straniero irregolare e socialmente pericoloso. Finalità legittime, ma che, tanto nella prospettiva della efficace applicazione del diritto dell'Unione che in quella della coerenza nella disciplina di misure che incidono sulla libertà personale, non dovrebbero tradursi in un *patchwork* di regimi speciali e nella proliferazione di "doppi binari" espulsivi.

In un tale scenario – e pur considerando le specificità del caso *BZ* – la riconduzione delle forme di rimpatrio "a finalità penale" all'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, laddove il legislatore nazionale non abbia espressamente fatto ricorso alla facoltà di deroga dell'art. 2 paragrafo 2, *lett. b* della Direttiva, ci sembra esprimere un apprezzabile richiamo alla razionalizzazione del sistema.

In secondo luogo, il caso *BZ* ritorna sulla questione degli "status intermedi" e delle "zone grigie" generate da prassi nazionali che "tollerano", ma non per questo in termini benevoli, il soggiorno irregolare dello straniero senza sciogliere l'alternativa tra la sua regolarizzazione o il suo rimpatrio. Ponendo l'accento sull'obbligo di adottare una decisione di rimpatrio, sia la Corte che l'Avvocato generale sembrano criticare tale situazione in una prospettiva principalmente efficientistica. Tuttavia, la critica delle "zone grigie"

e degli “status intermedi” può anche svolgersi in una prospettiva di tutela della condizione giuridica dello straniero: il soggetto irregolare ma di fatto tollerato, oltre ad essere confinato in una situazione di costante incertezza giuridica, è esposto al rischio di sfruttamento lavorativo.

Peraltro, sebbene la pronuncia *BZ* non affronti il punto, ci sembra opportuno ricordare come la stessa direttiva rimpatri preveda quale eccezione all’obbligo di rimpatrio la possibilità per gli Stati membri di rilasciare “in qualsiasi momento” un permesso di soggiorno o una altra autorizzazione per “motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura” che conferisca allo straniero il diritto di soggiornare (Art. 6 paragrafo 4).

RECENTI SVILUPPI
IN TEMA DI RIMPATRI VOLONTARI E REINTEGRAZIONE:
LA NUOVA STRATEGIA EUROPEA
TRA POTENZIALITÀ E CRITICITÀ

Giulia Santomauro*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcuni aspetti problematici dell'*iter* del rimpatriando: come superare l'ambiguità dell'elemento "volontario"? – 3. Un fattore centrale per la reintegrazione del rimpatriato: la cooperazione *con* e *tra* i paesi terzi. – 4. Brevi osservazioni conclusive. L'efficienza a discapito dei diritti?

1. *Introduzione*

Il 27 aprile 2021 la Commissione europea ha presentato una comunicazione¹ avente ad oggetto la nuova strategia sui rimpatri volontari e la reintegrazione dei cittadini di paesi extra-europei presenti illegalmente nello spazio dell'Unione. Riconsiderare la gestione di tale materia si inserisce entro il più ampio obiettivo di contenimento dei flussi di stranieri irregolari del Patto sulla Migrazione e l'Asilo di settembre 2020², nel quale già si prospettava lo sviluppo di un "sistema europeo comune per i rimpatri". In effetti, è la stessa Commissaria per gli Affari interni, Ylva Johansson, a dichiarare che, finora, la politica sui rimpatri si è rivelata in gran parte fallimentare³.

Al fine di cambiare rotta, una delle risposte fondamentali fornite dalla Commissione può rinvenirsi nella proposta di refusione della c.d. direttiva rimpatri⁴. Inoltre, la strategia deve essere letta congiuntamente soprattutto

* Dottoranda di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate, Università La Sapienza di Roma.

¹ COM(2021) 120 final, 27 aprile 2021.

² V. COM(2020) 609 final, 23 settembre 2020.

³ EUROPEAN COMMISSION – PRESS RELEASE, *Migration management: New EU Strategy on voluntary return and reintegration*, 27 aprile 2021.

⁴ COM(2018) 634 final, 12 settembre 2018. Per un commento alla proposta di refusione, v. R. PALLADINO, *Efficacia dei rimpatri e tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti: quale equilibrio nelle prospettive di riforma della direttiva rimpatri?*, in *ADiM Blog. Analisi & Opinioni*, dicembre 2020.

alla proposta modificata di regolamento sulle procedure di asilo⁵ e alla proposta di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione⁶, dal momento che queste mirano a colmare le lacune procedurali esistenti all'interno dell'Unione, istituendo un collegamento chiaro e coerente tra la procedura di asilo e quella di rimpatrio.

A fronte di ciò, bisogna premettere che, in base alla attuale direttiva 2008/115/CE, il *return* di un cittadino di Stato terzo irregolarmente soggiornante a seguito di una decisione di rimpatrio può avvenire “in adempimento volontario” ovvero “forzatamente”. Nel primo caso, lo straniero teoricamente decide, appunto, di partire in modo intenzionale, in forma assistita o spontanea, entro un lasso di tempo solitamente tra i sette e i trenta giorni, per il proprio paese di origine, per un paese di transito in conformità di accordi di riammissione dell'Unione o bilaterali tra Stati membri e paesi terzi o, ancora, di altre intese che ne consentano l'allontanamento verso un altro paese terzo in cui sarà accettato (art. 7). Nella seconda ipotesi, ci si riferisce, invece, all'allontanamento del soggetto “tramite tutte le misure necessarie”, a condizione, però, che gli strumenti utilizzati siano proporzionati allo scopo del rimpatrio e che vi sia l'osservanza dei principi di integrità e dignità dell'individuo (art. 8)⁷.

L'interesse dell'Unione nel privilegiare le partenze volontarie non consta solamente nell'intento di evitare, ove praticabile, l'uso di misure coercitive e di prendere in considerazione le prospettive dello straniero, ma è fortemente connesso, altresì, a quello di ridurre il rischio di fuga e di conseguenti movimenti non autorizzati dei migranti irregolari. Vi sono, peraltro, legittime ragioni di natura economica poiché il ritorno volontario è mediamente meno oneroso di quello obbligatorio, non contemplando, ad esempio, i costi della detenzione amministrativa dei migranti nelle more del rimpatrio⁸.

Appare, dunque, rilevante svolgere alcune riflessioni sulla strategia proposta dalla Commissione, specialmente per comprendere se il percorso delineato includa un più equilibrato bilanciamento tra le esigenze dell'Unione e la tutela delle garanzie spettanti alla persona migrante, in conformità al diritto internazionale e dell'UE.

⁵ COM(2020) 611 final, 23 settembre 2020.

⁶ COM(2020) 610 final, 23 settembre 2020.

⁷ Per un approfondimento, cfr. I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law. Analysis of Return Decision, Entry Ban, Detention and Removal*, Leiden-Boston, 2019.

⁸ COM(2021) 120 final, 27 aprile 2021, p. 5.

2. *Alcuni aspetti problematici dell'iter del rimpatriando: come superare l'ambiguità dell'elemento "volontario"?*

Sebbene la priorità a favore del ritorno "volontario" della Commissione possa essere certamente condivisibile, bisogna sottolineare che il confine tra questo concetto e quello di allontanamento "forzato", talvolta, si è rivelato piuttosto labile, al punto che in alcuni studi il rimpatrio assistito è stato indicato come una "soft deportation"⁹. In questa prospettiva, sono emersi molteplici interrogativi in dottrina circa la compatibilità dell'approccio complessivo dell'Unione all'ambito dei rimpatri con il rispetto dei diritti umani dei migranti¹⁰.

Tra le principali criticità che concernono i rimpatri non definibili propriamente come "forzati" emerge, anzitutto, quella relativa alla presunta volontarietà dello straniero a fare ritorno nel paese da cui proviene o in un altro paese terzo. È palese, in effetti, come questo termine continui, in un certo senso, a risultare fuorviante nella nuova strategia, dal momento che il ritorno, benché possa essere attuato in forma collaborativa e assistita, rimane comunque obbligatorio per lo straniero di cui si accerta il soggiorno come irregolare nella decisione di rimpatrio ai sensi della legislazione nazionale dello Stato membro interessato e di quella dell'UE. In tal senso, la prospettiva preferibile verso cui indirizzare i tentativi di risanamento delle problematiche riscontrabili nel regime vigente sembrerebbe essere, piuttosto, quella del rafforzamento del sistema di orientamento del rimpatriando cosicché da rendere la sua scelta quanto più possibile libera, consapevole e informata.

A questo proposito, pare sia da valutare positivamente il focus della strategia sulla fase della consulenza allo straniero che non ha diritto di soggiornare nell'UE. La Commissione sembra riservare un'attenta considerazione specialmente alla formazione dei consulenti che indirizzano il processo di ritorno dello straniero, esaminando insieme le opzioni disponibili per i singoli casi. In particolare, grazie anche ad un accrescimento del fondo di spesa destinato al settore già a partire dal bilancio 2021-2027, si prevede di investire sul *return counselling* offrendo orientamenti sulle *best practices* e un pro-

⁹ V., ad esempio, A. LEERKES, R. VAN OS, E. BOERSEMA, *What drives "soft deportation"? Understanding the rise in Assisted Voluntary Return among rejected asylum seekers in the Netherlands*, in *Population, Space and Place*, vol. 23, issue 8, 2017.

¹⁰ Sul tema, tra gli altri, cfr. S. DÜNNWALD, *Voluntary Return. The Practical Failure of a Benevolent Concept*, in M. GEIGER, A. PÉCOUD (eds.), *Disciplining the Transnational Mobility of People*, London, 2013, pp. 228-246.

gramma di apprendimento condiviso, unitamente all'istituzione di un curriculum comune per gli esperti. In tal modo, l'esame individuale su cui deve fondarsi la valutazione inerente alla situazione del migrante dovrebbe divenire sia più omogeneo tra Stati membri, sia, presumibilmente, più incentrato sui bisogni specifici e le potenziali vulnerabilità del rimpatriando.

Inoltre, nella comunicazione si fa cenno al fatto che dovrebbe essere disposto un accrescimento dell'ausilio tecnico per l'armonizzazione delle pratiche da parte della rete ad alto livello per i rimpatri, nella quale saranno presenti i rappresentanti degli Stati membri e del coordinatore dei rimpatri, che dovrebbe agevolare il dialogo tra i vari *stakeholder* nell'ottica di una valorizzazione delle risorse stanziare.

In questo quadro, suscita, tuttavia, alcune perplessità il ruolo di Frontex, che viene ulteriormente potenziato, rendendo l'Agenzia una delle protagoniste delle attività di rimpatrio¹¹. L'Agenzia, invero, viene incaricata di fornire supporto operativo e logistico agli Stati membri in tutte le fasi del ritorno volontario, compresa quella della formazione degli esperti, della consulenza pre-partenza, dello spostamento e della reintegrazione dei migranti, al fine di rendere maggiormente efficiente l'intero sistema. Più nello specifico, secondo la strategia, Frontex dovrebbe nominare quanto prima un vicedirettore esecutivo *ad hoc* ed assumere i compiti dell'*European Return and Reintegration Network* – ossia una rete “ibrida” composta da autorità nazionali e organizzazioni non governative che si occupa di diversi aspetti della gestione dei rimpatri volontari – nella metà del 2022, avviando un progetto pilota a partire dal mese di maggio 2021.

La domanda che inevitabilmente sorge, perciò, è se designare Frontex come attore di primo piano nel contesto dei rimpatri volontari possa rappresentare la scelta più appropriata per assicurare ritorni dignitosi nel pieno soddisfacimento del principio di *non-refoulement*. Difatti, nonostante lo scopo principale dell'Agenzia sia il presidio delle frontiere esterne nel rispetto dei diritti fondamentali e che quest'ultima componente sia stata, peraltro, rafforzata nel regolamento (UE) 2019/1896, non può essere ignorata la questione della scarsa trasparenza rispetto alle condotte poste in essere dal suo personale nei confronti dei migranti durante le operazioni congiunte¹². Da ultimo, il *deficit* relativo all'ottemperanza degli obblighi di diritto internazio-

¹¹ A questo proposito, cfr. E. PAASCHE, *The Rise of Frontex in the EU's New Strategy on Assisted Return*, in *Border Criminologies Blog*, 7 maggio 2021.

¹² In merito, cfr. L. SALZANO, *Frontex accountability: an impervious path*, in *EU Law Analysis*, 19 aprile 2021.

nale e dell'UE nella materia *de qua* dell'Agenzia sarebbero avvalorati dagli episodi recentemente riportati di *push backs* nel Mar Egeo dalla Grecia alla Turchia, per i quali Frontex è stata accusata di essere coinvolta.

3. *Un fattore centrale per la reintegrazione del rimpatriato: la cooperazione con e tra i paesi terzi*

La seconda sfida cruciale per la buona riuscita di un ritorno volontario consiste, evidentemente, nel prospettare una reintegrazione sostenibile del migrante nel paese di origine o in un altro paese terzo. In tal senso, idealmente, dal ritorno volontario dovrebbe poter trarre beneficio non solo il soggetto interessato, ma anche il paese che accetta e investe su quel rimpatrio. Alla realizzazione di questo circolo virtuoso, tuttavia, si frappongono diverse difficoltà, fra le quali figurano una *governance* pubblica e condizioni socio-economiche spesso insufficienti nei paesi terzi, in aggiunta alla frammentazione degli approcci tra Stati membri¹³.

In merito a ciò, la strategia pone in risalto prevalentemente la necessità di maggiore complementarità e coerenza tra i diversi *quality standards* adottati, in termini di assistenza ai migranti e con riferimento ai vari programmi di cooperazione nazionali avviati finora dagli Stati membri. Questo aspetto sarebbe, in effetti, imprescindibile per evitare di compromettere il grado di successo per l'accoglienza del rimpatriato, così come la fiducia stessa dei migranti e dei paesi extra-europei nel processo di ritorno. Il rischio, peraltro, sarebbe altrimenti quello del noto fenomeno dei movimenti indesiderati all'interno dell'Unione poiché i migranti potrebbero essere spinti a dirigersi irregolarmente nello Stato membro con condizioni migliori per la reintegrazione.

Si rileva, inoltre, un rinnovato interesse per l'opportunità di continuare a promuovere il ritorno volontario e la reintegrazione di migranti da paesi terzi di transito e destinazione ai paesi di origine e si menziona l'ipotesi di creare nuove *partnership* a livello regionale o multilaterale a tale scopo. Questo sistema "trilaterale" dovrebbe essere intensificato in virtù delle esperienze positive già sperimentate, tra cui spicca il programma *EU-OIM Joint Initiative for Migrant Protection and Reintegration* attivo da dicembre 2016 nello sce-

¹³ Su questi rilievi critici, cfr. C. LE COZ, *EU Strategy on Voluntary Return and Reintegration. Crafting a Road Map to Better Cooperation with Migrants' Countries of Origin*, MPI, Policy Brief, maggio 2021.

nario africano e che durante l'epidemia da Covid-19 ha permesso di rimpatriare volontariamente una cifra significativa di migranti verso i loro paesi di origine, anche tramite l'istituzione di corridoi umanitari.

Al momento, vi sono 24 paesi extra-europei che cooperano stabilmente per il ritorno dei migranti irregolari sulla base di accordi riammissione che comportano, come contropartita, il trattamento più favorevole dei cittadini di tali paesi in materia di visto. Questa linea di *policy* rappresenta la principale "arma" dell'Unione per coinvolgere un numero crescente di paesi terzi nelle procedure di riammissione, come emerge altresì da una nota di febbraio 2021¹⁴, nella quale la Commissione discute della valutazione del livello di cooperazione di ben 39 Stati extra-europei con cui vi sono trattative in corso.

Ciononostante, il problema della vera e propria *capacity* dei paesi extra-europei per la gestione del processo di reintegrazione, sembra essere risolta in maniera alquanto "sbrigativa" dalla Commissione. Nella strategia, infatti, ci si limita a segnalare che si provvederà a incrementare le potenzialità delle comunità di origine e le competenze degli operatori impegnati nel processo tramite lo sviluppo di attività di programmazione nei paesi partner. In questo contesto, si prevede di includere iniziative volte all'istruzione e la formazione professionale, nonché alla creazione di posti di lavoro per i migranti. In aggiunta al coinvolgimento delle autorità governative dei paesi terzi, si auspica, poi, la mobilitazione del settore privato e della società civile, affinché sia possibile rispondere alle esigenze più disparate dei rimpatriati, come quelle di tipo psico-sociale. A tale proposito, non vengono fornite, però, particolari specificazioni relativamente alle modalità e agli strumenti concreti che verranno messi in atto sul piano pratico. La strategia si limita, invero, ad accennare all'impegno che verrà dedicato per accrescere la sinergia tra le politiche di reintegrazione a livello nazionale e locale ed un uso più coordinato delle risorse finanziarie, in modo da prevenire la costituzione di sistemi "paralleli" a quelli ufficiali. I soggetti atti ad incentivare il progresso dell'assetto legale, programmatico e operativo della reintegrazione dei paesi partner assieme agli Stati membri, sono individuati oltre che nella Commissione, nel Servizio europeo per l'azione esterna, nelle delegazioni dell'UE, nell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e, ancora, in Frontex.

¹⁴ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Commission assessment on third countries' level of cooperation on readmission in 2019*, Note 6235/21 from Presidency to Working Party on Integration, Migration and Expulsion (Expulsion), 18 febbraio 2021.

Il panorama della reintegrazione appare, d'altronde, assai più composito e la cooperazione con i paesi partner meriterebbe verosimilmente di essere concepito non semplicemente come un tassello aggiunto del puzzle dei rimpatri. Le intenzioni della Commissione circa la progressiva responsabilizzazione dei paesi di origine nel settore, quindi, pur essendo ambiziose in linea di principio, pare rimangano, allo stato attuale, più una dichiarazione di intenti che un piano di azione con riforme strutturali e di lungo termine.

4. *Brevi osservazioni conclusive. L'efficienza a discapito dei diritti?*

La nuova strategia pubblicata dalla Commissione sui rimpatri volontari e la reintegrazione contempla diverse potenzialità che apparentemente non hanno ancora avuto modo di esplicitarsi a pieno in una programmazione del tutto calibrata. La soluzione dei ritorni volontari, ancorché rappresenti una delle possibili chiavi di volta per una gestione ordinata dei flussi migratori verso l'UE, rimane controversa sotto diversi aspetti.

Individuare un punto di incontro tra la logica dei numeri dei rimpatri effettuati e il peso da destinare alla qualità del processo rimane, ad ogni modo, un traguardo irrinunciabile per evitare che le politiche migratorie dell'Unione si tramutino in una sorta di "*return mania*"¹⁵.

A questo riguardo, un aspetto opinabile della strategia potrebbe essere rintracciato nell'accresciuto carico di responsabilità affidato a Frontex. Del resto, nell'ambito della gestione integrata delle frontiere, la condotta dell'Agenzia sembra generare ancora dubbi legati all'applicazione delle norme relative alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti garantiti dal diritto internazionale e dell'Unione.

Per quanto riguarda, infine, la fase della reintegrazione, si ritiene che all'istanza di maggiore coordinamento tra gli attori coinvolti e le pratiche attuate evidenziata dalla Commissione, possa essere proficuo affiancare azioni più tangibili e che aspirino ad una reale convergenza di interessi tra Stati membri e paesi partner.

¹⁵ Sui rischi di questo approccio v. il report di EUROMED RIGHTS, *Return Mania. Mapping policies and practices in the EuroMed Region*, marzo 2021.

**PARTE IV:
I CONFINI DELL'ASILO
TRA ISTANZE ESPANSIVE E TENDENZE RESTRITTIVE**

QUEERING ASYLUM... OR HUMAN RIGHTS IN EUROPE?

Carmelo Danisi - Nuno Ferreira*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Strasbourg vs. Geneva. – 3. Strasbourg vs. Luxembourg. – 4. Conclusion (with an eye on the potential role of the CEAS reform).

1. *Introduction*

After 70 years since the conclusion of the Convention relating to the status of refugees, the process of ‘queering’ asylum law is beyond doubt given that human rights violations suffered by sexual and gender minorities are the basis of an apparently increasing number of asylum claims.¹ This process of ‘queering’ asylum law has certainly reached its highest peak in Europe, where the needs of people claiming asylum on grounds of sexual orientation and gender identity (SOGI) are increasingly taken into account in law and practice. Yet, as the results of the SOGICA project demonstrate², a range of issues remain problematic, or even unaddressed, in this field. These include: the lack of information on SOGI as grounds to claim international protec-

* Carmelo Danisi is Adjunct Professor of, and Research Fellow in, Public International Law, Alma Mater University of Bologna; Nuno Ferreira is Professor of Law, University of Sussex.

¹ For an analysis of this evolution and a comprehensive explanation of what ‘queering’ international law means, N. FERREIRA, C. DANISI, *Queering international refugee law*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, pp. 78-96. This short reflection has been produced in the context of the European Research Council (ERC)’s project SOGICA, which was funded under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (Starting Grant agreement No 677693).

² Focusing on Germany, Italy and the UK as case studies, and analysing how SOGI-related claims are addressed at European level as well – covering the European Union (EU) and Council of Europe (CoE) – the SOGICA project sought to determine how European asylum systems can treat more fairly asylum claims based on the claimant’s SOGI. For more information, including publications, database and final recommendations, see www.sogica.org.

tion at arrival in Europe; the lack of specific procedural arrangements, including the choice of the interviewer and of the interpreter, and of appropriate reception conditions; a persistent culture of disbelief and the use of stereotypical views on sexual and gender minorities during the adjudication process of asylum claims; and the misuse and low quality of Country of Origin Information.³ Some of these problems could be addressed in the context of the current reform of EU asylum law, given the need to improve the Common European Asylum System (CEAS) in this respect. However, such a reform might not be enough, especially if we consider the evolution of European human rights law in relation to SOGI asylum.

Indeed, we have recently witnessed controversial decisions by the European Court of Human Rights (ECtHR) that raise a fundamental question: to effectively protect SOGI minorities claiming asylum in Europe, and along with the ‘queering’ process of asylum law, is there a need to also ‘queer’ human rights? To answer this question, here we wish to bring attention to some decisions issued by the ECtHR, the Committee on the Rights of the Child (CRC) and the Court of Justice of the EU (CJEU), which revolve around certain aspects – criminalisation and late disclosure – that are crucial for a fair asylum adjudication. After analysing the different reasoning adopted by the CRC and the CJEU when compared with the ECtHR’s findings in SOGI asylum-related cases (sections 2 and 3), we will conclude by looking briefly at the potential role of the CEAS reform in reconnecting queer asylum law with human rights, read in light of SOGI claimants’ social realities.

2. *Criminalisation: Strasbourg vs. Geneva*⁴

Let us first begin with a less compared duo: the ECtHR and the CRC, and their respective decisions in *B and C v. Switzerland*⁵ and *A.B. v. Finland*⁶.

³ C. DANISI, M. DUSTIN, N. FERREIRA, N. HELD, *Queering asylum in Europe. Legal and social experiences of seeking international protection on grounds of sexual orientation and gender identity*, IMISCOE Research Series, Cham, 2021.

⁴ Here we use Geneva, rather than the usual New York, in light of the Committee on the Rights of the Child’s headquarters: see <https://ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Contact.aspx>.

⁵ ECtHR, judgment of 17 November 2020, *B and C v. Switzerland*, applications nos. 889/19 and 43987/16.

⁶ Committee on the Rights of the Child, view of 5 February 2021, *A.B. v Finland*, communication no. 51/2018.

By building on different assumptions, these human rights bodies seem to set different principles in the field of SOGI asylum. For a better understanding of our overall argument, we briefly recall the facts and outcomes in these cases.

In *B and C v. Switzerland*, the European Court of Human Rights issued one of its very few decisions on the merits of an application related to SOGI asylum⁷. In short, Mr B claimed that, if returned to The Gambia, he could be exposed to persecution and, therefore, to ill-treatment on grounds of his sexual orientation. In fact, Swiss asylum authorities rejected his asylum applications in the belief that Mr B's sexual orientation would presumably not come to the attention of the Gambian authorities or population, so he could be safely returned. The ECtHR certainly made important statements in its decision in this case. In line with the position adopted by the CJEU in *X, Y and Z*⁸, it reiterated that no one should be obliged to conceal their sexual orientation in order to avoid persecution. The ECtHR also found that it is irrelevant whether or not the Gambian authorities or population are aware of Mr B's sexual orientation because this may be discovered very easily after his removal. Even more important, according to the ECtHR, given that the risk of persecution may come from non-State actors, States parties' authorities need to evaluate whether the Gambian authorities would be able and willing to provide the necessary protection to Mr B against ill-treatment based on his sexual orientation emanating from such non-State actors. Yet, the ECtHR adopted a controversial position in relation to the criminalisation of homosexuality or same-sex sexual acts: 'the mere existence of laws criminalising homosexual acts in the country of destination does not render an individual's removal to that country contrary to Article 3 of the Convention'⁹. In fact, and in line with the judgment of the CJEU in *X, Y and Z*¹⁰, what is decisive for the ECtHR is whether there is a real risk that these laws are applied in practice. In other words, the effects that the mere existence of such laws have on sexual and gender minorities and on their protection by the

⁷ For a full list, see N. FERREIRA, *SOGICA – Tables of European SOGI asylum jurisprudence*, SOGICA/University of Sussex, 2021, at www.sogica.org/database/ferreira-sogica-tables-of-european-sogi-asylum-jurisprudence-2021.

⁸ CJEU, judgment of 7 November 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel v X and Y and Z v Minister voor Immigratie en Asiel (X, Y and Z)*, Joined Cases C-199/12 to C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720, para. 76.

⁹ ECtHR, *B and C v. Switzerland*, *supra*, para. 59.

¹⁰ CJEU, *X, Y and Z*, *supra*, para. 76.

State have been disregarded by the ECtHR, although their negative implications for the protection of human rights have been powerfully described by SOGI claimants themselves¹¹.

In its first-ever decision involving SOGI asylum, the Committee on the Rights of the Child has adopted a much firmer approach questioning the possibility of returning a family to a country where legislation discriminates against sexual and gender minorities. In short, *A.B. v. Finland* relates to a Russian child who was discriminated against on the grounds of his mother's sexual orientation and same-sex relationship. To cite just one example, he was bullied in kindergarten, where even the staff considered his family to be 'abnormal'. The child's mothers decided to flee Russia and moved to Finland, where they submitted an asylum application on sexual orientation grounds. Although the asylum authorities recognised the general increasing violence against sexual and gender minorities in Russia, especially after the introduction of the so-called 'gay propaganda law'¹² that facilitates the impunity of perpetrators of discrimination and harassment, and accepted that the family experienced discrimination in Russia, the asylum application was rejected because the threshold of persecution was not met. The rights violation was not so severe as to fulfil the requirements of the notion of refugee. The family was therefore forced to go back to Russia, where the child would have to lie about his family to avoid ill-treatment, entailing serious mental health implications and the constant need to move to other parts of the country. Against the arguments of the State party in question, the Committee found that the Finnish authorities had failed to carry out a proper asylum assessment. In fact, the existence of a risk of serious violations of the Convention on the Rights of the Child in Russia was not evaluated in light of the child's best interests to live safely and receive appropriate care in a way that would effectively ensure his holistic development. The Committee on the Rights of the Child accepted that, even without criminalisation of same-sex sexual acts or relationships, the impact of violence and harassment in a homophobic society in the country of origin is an essential factor in the evaluation of the risk of *refoulement*. Considering such violence and harassment, it may indeed lead to finding a real risk of irreparable harm (directly and indirectly) on SOGI grounds.

¹¹ C. DANISI, M. DUSTIN, N. FERREIRA, N. HELD, *Queering asylum in Europe, supra*, especially chap. 5.

¹² For a short explanation of this Russian legislation, see the analysis prepared by the Human Dignity Trust at www.humandignitytrust.org/wp-content/uploads/resources/Briefing_on_Russias_federal_anti-propaganda_law.pdf.

Leaving aside other considerations based on their different nature and role, the gap between the approaches adopted by the ECtHR and the Committee on the Rights of the Child sheds light on what a ‘queer reading’ of human rights really entails. Whereas the Committee looked at the individual and contextualised their specific needs in order to evaluate the risk of return, the ECtHR failed to afford sufficient weight to the societal and cultural environment in which the risk of ill-treatment materialises. In doing so, the Court employed a heteronormative understanding of human rights, far from more advanced interpretations of asylum and human rights law supported at international level¹³, as well as adopted domestically¹⁴.

3. *Late disclosure: Strasbourg vs. Luxembourg*

Similarly divergent – although more nuanced and explainable – views can be found in relation to the issue of ‘late disclosure’ between the same two European Courts that, as we have noticed in the previous section, share a common understanding of criminalisation in SOGI asylum. Late disclosure takes place when claimants do not disclose their SOGI in an asylum claim or submit their SOGI claim at the earliest opportunity. The CJEU has recently interpreted some EU law provisions related to late disclosure in *XY*¹⁵, thus complementing the useful elements already emerged in its previous judgment in *A, B and C*¹⁶. The CJEU’s overall approach seems to reinforce the critique of the ‘conservative’ approach adopted by the ECtHR when SOGI claimants are involved. A comparison with the latter Court’s judgment in *M.K.N. v. Sweden*¹⁷ is instructive in this respect.

¹³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01.

¹⁴ See, for example, the reasoning reiterated by the Italian Supreme Court in several decisions: for a full account, C. DANISI, *SOGICA – Table of Italian SOGI asylum case law*, SOGICA/University of Sussex, 2020, at www.sogica.org/database/danisi-italian-sogica-case-law-table-2019.

¹⁵ CJEU, judgment of 9 September 2021, *XY v Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (XY)*, case C-18/20, ECLI:EU:C:2021:710.

¹⁶ CJEU, Joined Cases C148/13 to C-150/13, *A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2406.

¹⁷ ECtHR, judgment of 27 June 2013, *M.K.N. v. Sweden*, app. no. 72413/10.

Let us first consider the CJEU's reasoning in *XY*, which concerns Article 40 of Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection¹⁸. In that case, the Austrian Upper Administrative Court – *Verwaltungsgerichtshof* – requested a preliminary ruling in the context of proceedings between *XY*, an Iraqi national, and the Federal Office for Immigration and Asylum. When *XY* submitted his first asylum claim, he did not refer to his fear of being persecuted on the basis of his sexual orientation. Such grounds were instead only raised in a subsequent application that, however, was rejected as inadmissible on the ground of *res judicata*. In fact, as eventually confirmed by the Austrian Federal Administrative Court, *XY* had already been homosexual at the time of the first asylum claim and, as such, his sexual orientation could not be considered a new circumstance for the purpose of justifying a fresh asylum claim. In its judgment, the interpretation provided by the CJEU of the notion of 'new elements or findings' under Article 40 of Directive 2013/32/EU is particularly appropriate to the case of SOGI claimants who, out of fear for their life or out of shame, might hide the real reason for fleeing their countries of origin when lodging an asylum claim before authorities. According to the CJEU, given the need to ensure an appropriate and complete individualized examination of an applicant's personal situation, EU law precludes authorities from rejecting a subsequent application for international protection on the sole ground that it is based on circumstances which already existed during the first application but were not mentioned by the asylum claimant¹⁹. Such a reading of EU law strengthens what the CJEU already found in *A, B and C*. In that judgment, among other things, the CJEU stated that 'it cannot be concluded that the declared sexuality lacks credibility simply because, due to his reticence in revealing intimate aspects of his life, that person did not declare his homosexuality at the outset'²⁰. Again, the duty to carry out an individual assessment of the application and also take into account the general circumstances surrounding the application, such as the 'vulnerability' of the applicant, was key to reach such a queer reading of EU asylum law.

¹⁸ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, OJ L 180, 29.6.2013, p. 60-95.

¹⁹ CJEU, *XY*, *supra*, para. 44.

²⁰ CJEU, *A, B and C*, *supra*, para. 61.

A few years earlier, a similar factual scenario was at the core of the *M.K.N. v. Sweden* case before the ECtHR. When the asylum application of an Iraqi man was rejected, he declared to Swedish authorities that, if returned to Iraq, he would risk persecution on grounds of his homosexual relationship. According to those authorities, M.K.N. did not provide a reasonable explanation for having made this claim so late in the proceedings, compounded by the fact that he was ‘an adult married man in good health’²¹. In evaluating the risk of violation of Article 3 ECHR in the event of M.K.N.’s return to Iraq, the Court’s reasoning appeared affected by both stereotyped views and limited consideration of the obstacles that a claimant with a homosexual relationship can face in expressing his fears of persecution. To quote the ECtHR, late disclosure was not at stake in the case of M.K.N. because he ‘expressed the intention of living with his wife and children’ and ‘did not make this claim until he appealed against the Migration Board’s negative decision on his asylum application, more than one year after his arrival in Sweden’²². Despite the possible evolution in the ECtHR’s approach in light of its subsequent case law involving SOGI asylum claimants²³, the decision in *M.K.N. v. Sweden* reflects a lack of understanding of the complexity of queer experiences and a difficulty in applying the general principles developed to protect asylum claimants from alleged violations of Article 3 ECHR on SOGI-related grounds.

In short, the CJEU seems increasingly ready to embrace the UNHCR guidelines when SOGI claims are involved, for example by accepting that ‘adverse judgements should not generally be drawn from someone not having declared their [SOGI] at the screening phase or in the early stages of the interview’²⁴. By contrast, the ECtHR (still) affords too much weight to national authorities’ own judgments by sharing their evaluation of credibility even when it seems based on wrong assumptions when SOGI persecution is at stake. While the ECtHR cannot escape its subsidiary role in protecting human rights, more can be done to ensure that the law is read and applied in light of the social reality of those claimants that it aims to protect²⁵.

²¹ ECtHR, *M.K.N. v. Sweden*, *supra*, para. 11.

²² *Ibid.*, para. 43.

²³ In addition to *B and C v. Switzerland*, *supra*, see ECtHR, judgment of 5 July 2016, *O.M. v. Hungary*, app. no. 9912/15.

²⁴ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, *supra*, para. 59.

²⁵ For further analysis of how ‘late disclosures’ are regulated and adjudicated in the Eu-

4. *Conclusion (with an eye on the potential role of the CEAS reform)*

The previous discussion suggests that SOGI claims are of a striking complexity, and have significance for the purposes of assessing the efficiency and fairness of asylum adjudication systems in general. A different approach on key aspects of such adjudication in European courts and the UN CRC has emerged, surprisingly with a more conservative position adopted by the ECtHR. Whether the recent developments occurred at the CJEU and the CRC will be influential in the adjudication of future applications to the ECtHR by SOGI claimants is something that is hard to predict.

For sure, even at EU level, the ongoing queering process of asylum law risks being jeopardised, despite the progressive reading that has emerged in (most of) the CJEU's case law on SOGI asylum. Apart from some appreciable amendments that have been negotiated in the context of the 2016 proposals to reform the CEAS²⁶, the overall reform package does not seem to properly address the complexity that has emerged in this discussion. The risk of a regression is high, especially if the positive developments analysed in this contribution are not duly integrated. It is not a secret that, if the EU pursues the New Pact launched by the EU Commission in 2020, it will be even more difficult for SOGI claimants to see their right to access asylum in Europe respected and have their claims fairly adjudicated²⁷. Elsewhere²⁸, we have elaborated a full list of recommendations to improve EU asylum law taking into account the lived experiences of SOGI claimants. In relation to the above issues – criminalisation and late disclosure – an ideal queer reform would include criminalisation *per se* being a form of persecution²⁹ and prevent Mem-

ropean context, see N. FERREIRA, *Better late than never? SOGI asylum claims and 'late disclosure' through a Foucauldian lens*, in *Journal of International Law and Foreign Affairs (forthcoming)*.

²⁶ See the analysis carried out by C. DANISI in ch. 5 (Asylum) of the forthcoming Study for Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs - Directorate-General for Internal Policies entitled *The 2020 LGBTIQ Strategy in Review*, Brussels, 2022.

²⁷ Ibid. For an NGO's perspective, see ILGA-EUROPE, *Policy Briefing on LGBTI Refugees and EU asylum legislation*, Brussels, 2021.

²⁸ C. DANISI, M. DUSTIN, N. FERREIRA, N. HELD, *Queering asylum in Europe*, *supra*, ch. 11; SOGICA Project, *32 recommendations to the European Commission on the new EU LGBTI+ Equality Strategy*, University of Sussex, 2020.

²⁹ Similarly to what the Italian Supreme Court has already found: see C. DANISI, *SOGICA – Table of Italian SOGI asylum case law*, *supra*.

ber States from using EU law to limit the possibility of submitting a fresh claim on grounds of persecution not raised in the first asylum proceedings (in contrast to what the CJEU's judgment in *XY* seems to suggest). We believe that if a consensus is reached on stronger protection standards for this group of claimants at EU level, this could have a positive effect also on the protection offered in turn under the ECHR.

Therefore, the answer to our initial question (whether along with the 'queering' process of asylum law, there is also a need to 'queer' human rights) is necessarily 'yes'. European human rights law *also* needs to be queered, because despite all the improvements made so far, queering asylum law is not enough to protect SOGI minorities claiming asylum in Europe if human rights law supports contrasting views. While waiting for a queer CE-AS reform, the decision of the Committee on the Rights of the Child in *A.B. v. Finland* is particularly welcome because it may set the path for a better understanding of the complex and harsh conditions that sexual and gender minorities experience in their countries of origin before fleeing to safer places. Hopefully, it may lead to better-informed asylum and human rights decisions in Europe.

VERSO IL RICONOSCIMENTO DEI “RIFUGIATI AMBIENTALI”?
BREVI OSSERVAZIONI AD UNA RECENTE ORDINANZA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Antonello Ciervo*

SOMMARIO: 1. Un nuovo corso giurisprudenziale? – 2. Emergenza climatica e protezione internazionale. – 3. Verso un riconoscimento dei “rifugiati ambientali”?

1. *Un nuovo corso giurisprudenziale?*

L’ordinanza del 24 febbraio 2021, n. 5022¹ della II sezione civile della Corte di Cassazione ha segnato un significativo avanzamento nella giurisprudenza in materia di protezione internazionale, riconoscendo – seppur indirettamente e senza mai citarla – la categoria dei “rifugiati ambientali”, ancorandola a un’interpretazione evolutiva del «nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale» alla cui violazione – da accertarsi da parte del giudice di merito – deve seguire il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione umanitaria in favore dello straniero richiedente asilo. La formula in questione era stata elaborata per la prima volta dalla Cass. civ., sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455², al fine di individuare il “limite minimo essenziale” al di sotto del quale non sarebbe rispettato il diritto individuale alla vita e all’esistenza dignitosa del richiedente asilo nel proprio Paese d’origine. Come noto, nel definire il test giurisprudenziale finalizzato al riconoscimento della tutela umanitaria, in quel caso la I sezione civile aveva elencato una serie di criteri fattuali, da accertare in concreto nel giudizio di merito, a cui i giudici si sarebbero dovuti attenere al fine di valutare la sussistenza dei presupposti del riconoscimento della protezione, ancorandola – in maniera ancora più solida rispetto al passato – ai principi costituzionali e agli

* Ricercatore in Diritto pubblico, “Unitelma-Sapienza” di Roma.

¹L’ordinanza in commento è reperibile al seguente URL: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/04/2021_Cassazione-Niger_disastro_ambientale.pdf.

² La sentenza è reperibile al seguente URL: https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1584/cassazione_4455_2018.pdf, con una puntuale nota di commento 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 online*, 14.03.2018.

obblighi internazionali vincolanti il nostro ordinamento giuridico. In particolare, la Suprema Corte aveva precisato che per “condizione di vulnerabilità” del richiedente asilo deve intendersi una situazione di fatto, concernente la mancanza delle condizioni minime per lo stesso di condurre nel proprio Paese di origine «... un’esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standards minimi per un’esistenza dignitosa»³. Al fine di fornire al giudice di merito la prova di questa specifica condizione, il ricorrente era tenuto a dimostrare la situazione d’instabilità politico-sociale del Paese di origine che avrebbe potuto esporlo a un pericolo concernente la propria incolumità personale. A ciò, osservava la Corte, doveva poi aggiungersi anche la specifica prova dell’esposizione concreta dello straniero a una lesione del proprio diritto alla salute, lesione che «... può essere conseguente ad una situazione politico-economica molto grave con effetti d’impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente, od anche discendere da una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all’interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà)»⁴. Tuttavia, questa specifica ipotesi di vulnerabilità, in ragione dell’obbligo di cooperazione istruttoria rilevante ai fini del riconoscimento dello *status*, richiede da parte del giudice di merito un accertamento rigoroso delle condizioni di partenza dello straniero e, in particolare, della «... privazione dei diritti umani nel paese d’origine, perché la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità»⁵. Ebbene, data questa premessa di carattere generale, la Corte aveva modo di stabilire a chiare lettere come l’eventuale inserimento sociale e lavorativo dello straniero in Italia potesse essere valorizzato quale presupposto per il riconoscimento della protezione umanitaria – non in via esclusiva, bensì come circostanza che potesse concorrere ad accertare una situazione di vulnerabilità personale meritevole tutela –, se accompagnata dalla prova di una compromissione effettiva dei propri diritti inviolabili in caso di rimpatrio. Pertanto, come è possibile leggere nel passaggio argomentativo di sintesi del principio giuridico stabilito dalla sentenza n. 4455/2018, la Cassazione giun-

³ Così a p. 8 della sentenza in commento.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

geva alla conclusione che tale forma di tutela residuale prevista dal nostro ordinamento, fosse finalizzata a proteggere il ricorrente «... dal rischio di essere immesso nuovamente, in conseguenza del rimpatrio, in un contesto sociale, politico o ambientale, quale quello eventualmente presente nel Paese d'origine, idoneo a costituire una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali inviolabili»⁶. Ora, che in questa decisione il termine “ambientale” dovesse essere inteso anche con riferimento a eventuali eventi climatici - o ambientali in senso stretto - verificatisi nel Paese di origine del richiedente asilo, sembrava un'interpretazione ragionevole e tutto sommato rispettosa del tenore letterale degli argomenti impiegati dalla Corte, suffragata tra l'altro dall'*obiter dictum* appena citato, in cui per l'appunto tale “condizione di vulnerabilità” veniva strettamente legata alla possibilità per il ricorrente di condurre nel proprio Paese di origine un'esistenza libera e dignitosa, senza alcuna effettiva compromissione delle proprie esigenze di vita minime. A dire il vero, questo passaggio della sentenza n. 4455/2018 non sembrava aprire del tutto al riconoscimento che il contesto ambientale deteriorato di provenienza del richiedente asilo potesse di per sé integrare un presupposto ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno per protezione umanitaria, apparendo semmai tale circostanza come un mero elemento presuntivo del mancato godimento di una serie di beni e diritti fondamentali nello Stato di origine dello stesso. A fronte quindi di un'argomentazione non del tutto esaustiva - anche alla luce delle decisioni successive della giurisprudenza in materia, non certo uniformi nell'applicazione del principio ivi stabilito -, a distanza di tre anni da questo suo importante precedente, la Corte è ritornata sul tema con l'ordinanza n. 5022/2021, giungendo così a riconoscere una specifica tutela giuridica ai cc.dd. “rifugiati ambientali”, categoria questa che pur non essendo mai espressamente utilizzata in questa decisione, è stata di fatto considerata come tutelabile dal nostro ordinamento⁷.

2. *Emergenza climatica e protezione internazionale*

Passando al merito dell'ordinanza, la Cassazione evidenzia come il ricorrente fosse un cittadino nigeriano proveniente dalla zona del delta del Niger, un'area in cui sono attivi numerosi gruppi paramilitari che operano

⁶ Così alle pp. 7-8 della sentenza citata.

⁷ Sul punto si veda, volendo, A. CIERVO, *I rifugiati “ambientali”. Una nuova categoria giuridica di richiedenti asilo?*, in *Rivista critica del Diritto privato*, 2018, pp. 419-440.

in un contesto di illegalità e violenza diffusa, al fine di sabotare gli impianti petroliferi di alcune multinazionali occidentali presenti sul territorio. Tali attacchi alle infrastrutture estrattive avevano provocato, in maniera ormai sistematica e costante nell'ultimo decennio, numerosi sversamenti di petrolio nell'area di provenienza del richiedente asilo. Gli effetti di questi disastri ambientali sistemici avevano provocato a loro volta uno spopolamento significativo del territorio, a cui si andava a sommare un deterioramento delle condizioni economiche della popolazione locale – impiegata in questi impianti estrattivi con mansioni modeste –, in un contesto *de facto* di conflitto militare a bassa intensità, causato proprio dalle azioni di natura terroristica delle bande di guerriglieri. A questo quadro già ricco di tensioni sociali, si aggiungevano poi le aggressioni indiscriminate nei confronti della stessa popolazione da parte delle autorità governative locali, finalizzate a individuare e ad arrestare coloro che si presumevano appartenere ai gruppi paramilitari in clandestinità attivi nell'area del delta del Niger. Ebbene, dato questo contesto politico-sociale estremamente turbolento e ormai da considerarsi consolidato – come dimostrano, tra l'altro, numerosi report e dossier di istituzioni e ONG internazionali –, la Corte di Cassazione ritiene di dover valutare la domanda di asilo del ricorrente a partire dalla decisione del 24 ottobre 2019 del Comitato sui diritti umani delle Nazioni Unite, nel ricorso avanzato da Ioane Teitiota contro la Nuova Zelanda⁸, evidenziando come il Comitato «... pur rigettando la domanda [di riconoscimento dello status di “rifugiato ambientale”] ha affermato il principio per cui gli Stati hanno l'obbligo di assicurare e garantire il diritto alla vita delle persone, e che tale diritto si estende anche alle minacce ragionevolmente prevedibili e alle situazioni potenzialmente letali che possono comportare la perdita della vita o comunque un sostanziale peggioramento delle condizioni dell'esistenza, inclusi il degrado ambientale, i cambiamenti climatici e lo sviluppo insostenibile»⁹. Ad avviso della Corte, quindi, il principio di *non refoulement* deve applicarsi a tutte le condizioni di pericolo che riguardano l'esistenza del richiedente asilo, in quanto il diritto individuale alla vita, così come stabilito nella precedente sentenza n. 4455/2018, deve essere declinato nel senso di un'esistenza libera e dignitosa. Tra le ragioni

⁸ Si rinvia per approfondimenti sulla decisione citata a M. CASTIGLIONE, *La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda. Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali al riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2020.

⁹ Così a p. 4 dell'ordinanza in commento.

ostative che possono impedire l'estrinsecarsi di tale diritto, secondo la II sezione vi può essere anche una situazione di degrado ambientale diffuso che, proprio nella prospettazione del Comitato ONU, può compromettere l'effettivo godimento dei diritti fondamentali, nelle ipotesi in cui «... il governo locale non può, o non vuole, assicurare le condizioni necessarie a garantire a tutti l'accesso alle risorse naturali essenziali, quali la terra coltivabile e l'acqua potabile, con conseguente compromissione del diritto individuale alla vita»¹⁰. Secondo uno sviluppo coerente di questo principio, rispetto anche a quanto affermato nella propria giurisprudenza a partire dal 2018 e forte del precedente del Comitato ONU, la Cassazione osserva come il rischio per il diritto alla vita e la garanzia di un'esistenza dignitosa possa dipendere anche da condizioni socio-ambientali riferibili all'azione autodistruttiva dell'uomo, ogni qualvolta il contesto di provenienza dello straniero «... sia talmente degradato da esporre l'individuo al rischio di veder azzerati i suoi diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione, o comunque di vederli ridotti al di sotto della soglia del loro nucleo essenziale e ineludibile»¹¹. Interessante, poi, è il passaggio argomentativo successivo, laddove, per poter dare una qualificazione tecnico-giuridica precisa di "disastro ambientale" – i cui elementi intrinseci dovranno poi essere accertati in concreto dal giudice di merito –, la Corte di Cassazione sposta significativamente il proprio focus e piuttosto che prendere in considerazione la normativa europea in materia di protezione internazionale, ovvero la più recente fattispecie introdotta nel Testo Unico Immigrazione con riferimento al riconoscimento di un permesso di soggiorno per protezione speciale per coloro che fuggono da situazioni di calamità naturale¹², fa riferimento agli elementi fattuali che integrano il reato di disastro ambientale, così come individuati all'art. 452-*quater* c.p.. Pertanto, la Corte conclude stabilendo che, al fine di qualificare una situazione di disastro ambientale verificatasi nell'area di provenienza del richiedente

¹⁰ *Ivi*, p. 5.

¹¹ *Ivi*, p. 6.

¹² Come è noto, ai sensi dell'art. 20-*bis* del Testo Unico sull'Immigrazione, così come da ultimo modificato dalla legge n. 173/2020, quando il Paese verso il quale lo straniero dovrebbe fare ritorno «versa in una situazione di grave calamità che non consente il rientro e la permanenza in condizioni di sicurezza, il questore rilascia un permesso di soggiorno per calamità», della durata di sei mesi, rinnovabile fino a quando permangono le condizioni calamitose accertate e che consente comunque allo straniero di svolgere un'attività lavorativa nel nostro Paese.

asilo, deve accertarsi in concreto da parte del giudice di merito almeno una delle seguenti circostanze in fatto, ossia:

- a) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema;
- b) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti onerosa o comunque conseguibile soltanto a seguito di provvedimenti eccezionali adottati dalle autorità governative competenti;
- c) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto, per l'estensione della compromissione dell'ecosistema o comunque dei suoi effetti e del numero di persone coinvolte ed esposte al pericolo da esso derivante.

3. *Verso un riconoscimento dei "rifugiati ambientali"?*

Con l'ordinanza n. 5022/2021, la Corte di Cassazione svolge una duplice interpretazione evolutiva, sia con riferimento al concetto di *non refoulement*, sia con riferimento alla valutazione delle condizioni del contesto di origine del richiedente asilo: si tratta, per l'appunto, di un'evoluzione giurisprudenziale – ma forse sarebbe più corretto parlare di chiarimento rispetto a quanto dalla stessa Corte stabilito nella sentenza n. 4455/2018 – con cui il Giudice della Nomofilachia accoglie una concezione molto più ampia di "pericolo", nell'ipotesi di un eventuale rimpatrio del richiedente asilo denegato. Tale pericolo, infatti, non deve necessariamente essere ricondotto a una situazione di conflitto armato più o meno generalizzata nel Paese di provenienza dello stesso, ma può essere accertabile con riferimento a ogni forma di pericolo per l'incolumità fisica e la vita direttamente o indirettamente causata dall'azione umana, come nel caso appunto di una situazione di degrado ambientale ovvero socio-economica molto grave, tale per cui non sussistano in concreto per lo straniero i presupposti per vivere al di sopra della soglia minima ineludibile di garanzia dei propri diritti fondamentali e della dignità della persona. Appare evidente, poi, come questa ordinanza segni un'innovazione significativa all'interno della giurisprudenza in materia di riconoscimento – seppur indiretto – dei cc. dd. "rifugiati ambientali", in quanto sviluppo logico e coerente di una lettura evolutiva del concetto di *non refoulement* che la Cassazione ha iniziato a svolgere a partire dalla sentenza n. 4455/2018. Se quindi la decisione in commento deve essere salutata con

favore¹³, non mancano tuttavia alcuni passaggi poco chiari che suscitano qualche perplessità, con riferimento in particolare al test giurisprudenziale che la Corte elabora, al fine di valutare la sussistenza in concreto dei presupposti per il rilascio di un permesso di soggiorno umanitario. Innanzitutto, suscita qualche dubbio il riferimento che il Giudice della Nomofilachia opera rispetto a un articolo del Codice penale – tra l'altro di difficile contestazione nel nostro ordinamento – in quanto il suo tenore letterale rinvia a clausole generali molto elastiche che non sembrano armonizzarsi in maniera coerente con il test predisposto dalla Cassazione con riferimento all'accertamento delle condizioni minime di tutela della vita e della dignità personale del richiedente asilo. L'alterazione irreversibile di un ecosistema, infatti, così come la valutazione sia dell'onerosità sia dell'impiego di misure eccezionali da parte delle autorità governative per ripristinare la condizione ambientale antecedente al disastro, non sembrano essere elementi di ancoraggio concreti per la valutazione che la magistratura ordinaria sarà poi tenuta a svolgere nel merito (per intenderci, in questa prospettiva anche un abitante della città di Taranto potrebbe essere considerato “rifugiato ambientale” in uno Stato extra-UE). Altro discorso, invece, va fatto per l'accertamento dell'offesa alla pubblica incolumità derivante da un eventuale disastro ambientale che investirebbe un significativo numero di persone: in questo caso, infatti, la valutazione in concreto del contesto ambientale degradato potrebbe essere più facilmente dimostrabile dal ricorrente – oltre che accertabile dal giudice – anche attraverso documenti ufficiali sia delle autorità governative del Paese di provenienza dello straniero, sia da parte di dossier *ad hoc* delle ONG ovvero di altri osservatori e istituzioni internazionali. In questo caso, almeno in via generale e astratta, il margine di aleatorietà valutativa connesso alla qualificazione della “offesa alla pubblica incolumità” potrebbe essere senz'altro ridotto e non suscettibile di valutazioni discrezionali da parte del giudice di merito. Insomma, nonostante si tratti di un'ordinanza estremamente innovativa, che molto probabilmente segnerà gli orientamenti della Cassazione nel corso dei prossimi anni, è molto probabile che la Suprema Corte dovrà necessariamente ritornare sul punto, per meglio definire i parametri concreti rilevanti per il riconoscimento della tutela umanitaria, oltre che per perfezionare il test di bilanciamento

¹³ Sul punto, si veda P. BONETTI, *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *LEX AMBIENTE, Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, n. 2/2021, pp. 49 ss.

per l'accertamento dell'esistenza di un disastro ambientale nel Paese di origine del richiedente asilo. Si tratta comunque di una decisione che si pone nel solco di un coevo filone giurisprudenziale delle Supreme Corti europee che, soprattutto nel corso degli ultimi anni, sempre più si mostra sensibile ai temi del cambiamento climatico e che quindi può essere – a ragione – considerata precorritrice di un nuovo importante percorso di riconoscimento e ampliamento dei diritti dei richiedenti asilo in via pretoria¹⁴.

¹⁴ Sul punto, per una panoramica generale sulla giurisprudenza delle Corti supreme degli Stati europei in materia di accertamento dei cambiamenti climatici, si veda F. PASSARINI, *CE-DU e cambiamento climatico nella decisione della Corte suprema dei Paesi Bassi nel caso Urgenda*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2020, pp. 777-785; da ultimo, cfr. anche C. SCISSA, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale. Un'analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione giustizia online*, 17.05.2021, ora anche in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, oltre che F. PERRINI, *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 349 ss., in particolare p. 361, la quale invece ritiene che con la decisione in commento si sia inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale da parte della Cassazione.

LA CRISI AFGHANA BUSSA ALLE PORTE DELL'EUROPA: GLI STATI MEMBRI PREPARANO LE BARRICATE?

Francesco Luigi Gatta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. “*Weaponizing refugees*”: l’uso strumentale dei migranti da parte dei Paesi terzi. – 3. Segnali da Strasburgo: l’illegittimità di respingimenti collettivi verso la Bielorussia. – 4. Un nuovo muro, finanziato dall’Ue?

1. *Introduzione*

«Settembre, andiamo. È tempo di migrare». Così inizia la celebre poesia *I pastori* di Gabriele D’Annunzio, in cui il poeta canta l’antico fenomeno della transumanza in Abruzzo. Un verso che, in qualche modo, si può ricollegare a una migrazione che ha avuto inizio nel settembre 2021: l’esodo di massa degli Afghani in fuga dal proprio Paese verso l’Europa.

A fine agosto, con l’ingresso pressoché indisturbato dei talebani a Kabul, il mondo ha riscoperto il problema dell’Afghanistan. Due decenni di presidio militare della NATO cancellati con un colpo di spugna: una notizia che ha scosso l’opinione pubblica, anche per via di immagini drammatiche diffuse da giornali e social media (da bambini passati di mano ai soldati americani oltre il filo spinato, alla folla aggrappata ai carrelli degli aerei militari in decollo dall’aeroporto di Kabul).

Una situazione esplosiva, destinata ad avere un effetto diretto anche sul piano umanitario-migratorio, come emerso dal G7 straordinario sull’Afghanistan convocato il 24 agosto per discutere dell’incerto futuro politico ed economico del Paese¹. Inizialmente, al centro dell’attenzione dei leader mondiali è finito soprattutto il tema dell’evacuazione urgente dello staff diplomatico e dei collaboratori afghani, seguito da preoccupazioni legate al terrorismo.

La questione dei rifugiati afghani, in un primo momento rimasta sullo

* Ricercatore, Università della Tuscia.

¹ Tra le molte analisi del G7 straordinario sull’Afghanistan, si vedano, in particolare, ISPI, *Speciale Afghanistan: l’ora del G7*, 24 agosto 2021; F. NELLI FEROCI, *Afghanistan: un test di credibilità per l’Europa*, in *Affarinternazionali*, 25 agosto 2021.

sfondo, non ha però tardato ad emergere, diffondendo ansie e timori legati alla gestione dell'esodo di migliaia di profughi. Anticipando le possibili future tensioni tra Stati membri, la Presidente della Commissione Von der Leyen, nelle proprie dichiarazioni rese a margine del summit, ha lanciato un appello all'unità europea, sottolineando la necessità di superare una volta per tutte le divisioni interne, per raggiungere quanto prima un accordo sul Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo². Una riforma tanto attesa, quanto urgente, anche alla luce della situazione afghana.

Tuttavia, più che alle riforme legislative, spesso destinate ad incagliarsi tra vincoli procedurali ed estenuanti negoziati, i governi europei hanno subito guardato a soluzioni operative e concrete per frenare i nuovi flussi migratori. Così, in una dichiarazione congiunta dei Primi Ministri di Polonia, Estonia, Lettonia e Lituania, resa il 23 agosto, all'affacciarsi dei primi gruppi di afghani alle rispettive frontiere, si legge: «It is equally important to jointly use all available diplomatic and practical means to cut the new irregular migration routes at its inception, as soon as possible. In the EU we need to use this momentum to rethink our approach towards the protection of our borders»³. Alcuni giorni più tardi, il 31 agosto, in una riunione straordinaria del Consiglio convocata per discutere degli sviluppi in Afghanistan, i ministri degli Affari interni dell'Ue si dichiaravano «determinati ad agire congiuntamente per evitare il ripetersi dei movimenti migratori illegali incontrollati su larga scala che si sono verificati in passato»⁴.

A tali prese di posizione governative hanno fatto eco appelli al rispetto dei diritti umani dei migranti. Il 30 agosto, da Strasburgo, la Commissaria dei diritti umani del Consiglio d'Europa Dunja Mijatovic ammoniva i governi europei di non lasciarsi travolgere da isterie securitarie, evitando misure restrittive adottate con il pretesto dell'emergenza⁵. Il Parlamento europeo dal

² EUROPEAN COMMISSION, *Statement by President von der Leyen at the joint press conference with President Michel following the G7 leaders' meeting on Afghanistan via videoconference*, 24 August 2021, STATEMENT/21/4381.

³ Il testo della dichiarazione è disponibile, in lingua inglese, sul sito ufficiale del governo polacco, v. Statement of the Prime Ministers Ingrida Šimonytė (Lithuania), Arturs Krišjānis Kariņš (Latvia), Kaja Kallas (Estonia) and Mateusz Morawiecki (Poland) on the hybrid attack on our borders by Belarus, 23 August 2021.

⁴ CONSIGLIO DELL'UE, *Dichiarazione sulla situazione in Afghanistan*, 31 agosto 2021, §6.

⁵ COUNCIL OF EUROPE, Commissioner for Human Rights, *In their response to Afghans seeking safety, Council of Europe member states should not undermine human rights protections*, Statement, 30 August 2021.

proprio canto, nella risoluzione del 16 settembre 2021 sulla situazione in Afghanistan, esortava gli Stati membri a svolgere un ruolo attivo nella gestione della crisi umanitario-migratoria⁶. Da un lato, offrendo sostegno finanziario e logistico ai Paesi limitrofi, così da potenziarne le capacità di recepimento degli sfollati in uscita dall'Afghanistan. Dall'altro, assumendosi la responsabilità di una politica di asilo solidale e umana (insistendo soprattutto sull'attivazione di vie legali di accesso all'Ue, in particolare i visti umanitari), ed esortando nuovamente la Commissione a formulare una proposta legislativa per un visto umanitario europeo⁷.

In una situazione ancora fluida e in divenire, molteplici sfide e problemi si intrecciano per l'Ue, come evidenziato anche nelle recenti Conclusioni del Consiglio sull'Afghanistan del 15 settembre 2021⁸. Pur nella complessità della situazione, alcuni problemi sono già evidenti.

2. "Weaponizing refugees": l'uso strumentale dei migranti da parte dei Paesi terzi

L'intensificarsi degli arrivi in provenienza dall'Afghanistan riporta in luce il tema del ruolo dei Paesi terzi adiacenti all'Ue nel contenimento dei flussi migratori; ed evidenzia la strategia di strumentalizzazione dei migranti quale mezzo di pressione su Bruxelles.

Era già successo con la Turchia, nel marzo 2020, con le tensioni al confine terrestre con Grecia e Bulgaria e la minaccia del Presidente Erdoğan di rilassare i controlli di frontiera. I leader europei si affrettarono a volare ad Ankara per ricomporre il dissidio e tamponare le crepe della Dichiarazione UE-Turchia del 2016. Quindi, è stata la volta del Marocco, nella primavera 2021, con la crisi di Ceuta e l'afflusso in Spagna di migliaia di migranti attraverso una frontiera divenuta improvvisamente porosa⁹. Tali episodi hanno

⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 16 settembre 2021 sulla situazione in Afghanistan (2021/2877(RSP)).

⁷ *Ibidem*, §41. Sul tema si veda anche E. DE CAPITANI, *La pretesa solidarietà europea a fronte della Crisi afgana: una ennesima occasione mancata?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, agosto 2021.

⁸ COUNCIL OF THE EU, *Council conclusions on Afghanistan*, 15 September 2021.

⁹ In argomento si vedano M.L. BELLOSO, D.F. ROJO, *Morocco uses migratory pressure to force Spain and the EU to give in to the Sahara*, in *ADiM Blog*, Editorial, May 2021; E. FRASCA, *Quando la prevenzione dell'immigrazione si arresta: l'incerta natura e la debole tenuta degli im-*

suscitato scalpore e allarmismo. Tuttavia, non devono sorprendere: non rappresentano nulla di nuovo, integrando, piuttosto, dinamiche ormai ricorrenti nella gestione bilaterale dei flussi migratori¹⁰. Si tratta, pertanto, di vicende che svelano ancora una volta tutti i rischi di scommettere su “*gate keepers*” il cui livello di affidabilità è del tutto aleatorio.

Ora è il turno della Bielorussia, il cui leader Lukaschenko appare perfettamente consapevole di avere nel proprio mazzo la carta vincente dei migranti, da giocare in risposta alle sanzioni approvate dall’Ue contro il proprio regime¹¹. Nella dichiarazione congiunta della Polonia e delle tre repubbliche baltiche sopra ricordata, non si esita ad affermare che «the ongoing crisis has been planned and systemically organized by the regime of Alexander Lukashenka». Anche il Consiglio dell’Ue, pur senza fare nomi e con linguaggio più diplomatico, ha riconosciuto un rischio di una «*possible instrumentalisation*» dei migranti afgani¹².

Di fronte al “ricatto” della Bielorussia, gli Stati membri della frontiera orientale hanno reagito con un repentino irrigidimento dei controlli, schierando l’esercito, come nel caso della Polonia, ovvero affrettandosi ad innalzare reticolati di filo spinato lungo il confine, come nel caso della Lituania. Il governo lettone, già in agosto, aveva dichiarato lo stato di emergenza alle proprie frontiere: provvedimento che autorizza e giustifica, si legge in un altro comunicato governativo, il ricorso da parte di militari e guardie di frontiera a «the right to use physical force and special means in order to return the person immediately», posto che le stesse autorità «shall not accept the applications of persons regarding the granting of a refugee or alternative status»¹³.

Simili pratiche si pongono in aperto contrasto con la *Rule of Law* del diritto dell’Unione europea, sono contrarie al diritto internazionale e, in particolare, alla CEDU, come di recente chiarito dalla Corte di Strasburgo.

pegni tra Marocco e Unione europea, in *SidiBlog*, 3 giugno 2021.

¹⁰ Non si tratta di una novità, bensì un *déjà-vu* come argomentato in J-P CASSARINO, *An unsettling sense of déjà-vu: The May 2021 Ceuta events and their precedents*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, July 2021.

¹¹ In argomento, v. KOCHENOV, D.VLADIMIROVICH, B. GRABOWSKA-MOROZ, *The EU’s Face in Lukašenka’s Mirror: Inhuman Treatment of Afghan Hostages at the Polish-Belarusian Border and the Promise of EU Values*, in *VerfassungsBlog*, 26 August 2021.

¹² COUNCIL OF THE EU, *Council conclusions on Afghanistan*, 15 September 2021, §3.

¹³ Il comunicato è disponibile in lingua inglese sul sito ufficiale del governo lettone, *Government declares the state of emergency in Latvia’s border area*, 11 August 2021.

3. *Segnali da Strasburgo: l'illegittimità di respingimenti collettivi verso la Bielorussia*

La Corte Edu ha già avuto modo di dichiarare l'illegittimità dei respingimenti indiscriminati verso la Bielorussia. Nella sentenza *M.K. e altri c. Polonia* del luglio 2020 la Corte ha riscontrato all'unanimità violazioni dei divieti di *refoulement* ed espulsioni collettive¹⁴. Non solo: ha rilevato l'esistenza di una "systemic practice" di respingimenti alla frontiera, attuata dalle autorità polacche al confine bielorusso (*M.K. and Others*, §174). Le medesime conclusioni sono state ribadite a luglio 2021 nella sentenza nel caso *D.A. e altri c. Polonia*, avente ad oggetto pratiche di *pushback* collettivo di richiedenti asilo siriani, sempre verso la Bielorussia¹⁵.

Oltre a questi precedenti, la Corte è intervenuta nell'attuale questione dei flussi di afgiani verso l'Ue: a fine agosto misure provvisorie sono state ordinate nei confronti di Polonia e Lettonia, con riguardo al trattamento di richiedenti asilo bloccati al confine bielorusso¹⁶. Nel provvedimento emesso *ex art. 39* del Regolamento di procedura della Corte viene indicato alle autorità polacche e lettoni di provvedere con urgenza all'assistenza dei migranti, fornendo loro cibo, acqua, vestiario e assistenza medica. D'altro canto, la Corte si è premurata di chiarire che «this measure should not be understood as requiring that Poland or Latvia let the applicants enter their territories». Di conseguenza, i richiedenti asilo sono stati lasciati "in bilico" tra due confini, bloccati per settimane in una terra di nessuno: respinti dai Paesi Ue da un lato, impossibilitati a ritornare in Bielorussia dall'altro. L'episodio è stato condannato dalla Commissaria dei diritti dell'uomo Mijatovic, che ha esortato la Polonia a offrire riparo ai migranti e a registrarne le rispettive richieste di protezione internazionale¹⁷. Un appello rimasto inascoltato, in una situa-

¹⁴ CORTE EDU, sentenza del 23 luglio 2020, *M.K. e altri c. Polonia*, ric. nn. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, per un'analisi e un commento della sentenza v. F.L. GATTA, *Systematic Push Back of 'Well Behaving' Asylum Seekers at the Polish Border: M.K. and Others v. Poland*, in *Strasbourg Observers*, 7 October 2020.

¹⁵ CORTE EDU, sentenza dell'8 luglio 2021, *D.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 51246/17. Per un'analisi della pronuncia v. E. FRASCA, *Efficacia dei diritti fondamentali nelle zone di frontiera: la Corte EDU ritorna sui respingimenti sommari nel caso D.A. e altri c. Polonia*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, agosto 2021.

¹⁶ *Casi R.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 42120/21 e *Ahmed e altri c. Lettonia*, ric. n. 42165/21.

¹⁷ COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Poland should take immediate action to protect the human rights of people stranded at its border with Belarus*, Statement, 25 August 2021.

zione invariata e prolungata, che ha infine condotto alla morte di taluni richiedenti asilo a causa delle condizioni di vita proibitive al confine polacco-bielorusso¹⁸.

Ancora, a inizio settembre, la Corte è intervenuta, sempre con *interim measures*, anche nei confronti della Lituania¹⁹. In questo caso, poiché i richiedenti asilo afgani erano riusciti a varcare il confine, trovandosi dunque in territorio lituano, la Corte ha ordinato di non respingere i ricorrenti verso la Bielorussia. Lo scorso 29 settembre, i giudici di Strasburgo hanno deciso di revocare le misure provvisorie, a fronte delle garanzie offerte dal governo lituano circa la permanenza degli afgani nel territorio nazionale in pendenza dell'esame delle loro domande d'asilo²⁰. La Lituania, tuttavia, non è esente da pratiche illegittime di respingimento collettivo e indiscriminato, come evidenziato, ancora una volta, dalla Commissaria Mijatovic in una lettera indirizzata al governo di Vilnius a fine agosto²¹.

4. *Un nuovo muro, finanziato dall'Ue?*

A fronte degli eventi occorsi alle frontiere orientali dell'Ue, lo scorso 7 ottobre, in una lettera indirizzata alla Commissione europea, i governi di 12 Stati membri hanno chiesto con urgenza misure in risposta alla pressione migratoria²². La lettera, recante il titolo *adaptation of the EU legal framework to new realities*, è firmata da rappresentanti dei Paesi del blocco di Visegrad (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Slovacchia), delle tre repubbliche baltiche (Estonia, Lettonia, Lituania), dei Paesi della frontiera sud-orientale (Grecia, Cipro, Bulgaria), nonché da Austria e Danimarca.

Dopo una parte introduttiva, in cui si contestualizza l'emergenza e si sottolinea l'esigenza di reagire alla "aggression" perpetrata alle frontiere orienta-

¹⁸ Come riportato dall'UNHCR e dall'Organizzazione internazionale per la migrazione, v. UNHCR, *UNHCR and IOM shocked and dismayed by deaths near Belarus-Poland border*, Press Release, 21 September 2021.

¹⁹ Caso *A.S. e altri c. Lituania*, ricorso n. 44205/21.

²⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Interim measure Lithuanian-Belarus border not extended*, Press Release, 29 September 2021.

²¹ COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Commissioner's letter to the Prime Minister of Lithuania*, Ref: CommHR/DM/sf 030-2021, Strasbourg, 10 August 2021.

²² Il testo è disponibile online in lingua inglese, la lettera reca il titolo "*Adaptation of the EU legal framework to new realities*" ed è datata 7 ottobre 2021.

li, i governi firmatari delineano sei misure in materia di controlli di frontiera. L'ultima di esse merita particolare attenzione: si propone di istituire «a physical barrier as a measure for protection of the EU external borders», specificando che «Physical barrier appears to be an effective border protection measure that serves the interest of whole EU», e che, pertanto, «This legitimate measure should be additionally and adequately funded from the EU budget as a matter of priority».

La proposta dei 12 Paesi sembra aver ricevuto una netta risposta negativa. All'esito del Consiglio europeo del 22 ottobre 2021, infatti, i leader europei hanno escluso la possibilità di finanziare la costruzione di un “muro europeo” alla frontiere esterne²³. La Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha sottolineato l'esistenza di una «tradition in the Commission and the European Parliament of not financing walls or barbed wire». Anche i Presidenti Macron e Draghi hanno espresso analoghe posizioni.

Ma sarà sufficiente a respingere definitivamente la proposta dei 12 governi europei?

²³ European Council meeting, 21 and 22 October 2021, Conclusions.

LA PRETESA SOLIDARIETÀ EUROPEA
A FRONTE DELLA CRISI AFGANA:
UNA ENNESIMA OCCASIONE MANCATA?

Emilio De Capitani*

SOMMARIO: 1. La protezione temporanea nel quadro UE: un percorso accidentato. –
2. E ora, che fare?

1. *La protezione temporanea nel quadro UE: un percorso accidentato*

È ormai un luogo comune l'affermazione secondo la quale l'Unione europea avanza nonostante e grazie alle crisi. A giudicare però dalle crisi che si sono succedute dagli anni 90 in poi in materia di politiche migratorie e d'asilo, c'è da dubitare della fondatezza di questo assunto. Mentre in altre situazioni di insuccesso, come in materia di difesa esterna, era facile ricordare che gli Stati membri si erano ben guardati dal riconoscere competenze e quindi responsabilità all'Unione europea, nel caso delle politiche migratorie e dell'asilo la situazione è ben diversa, essendo queste diventate "politiche comuni" attraverso diverse modifiche ai Trattati da Maastricht (1993) al Trattato di Amsterdam (1999) sino al vigente Trattato di Lisbona (2009).

Paradossalmente è proprio a partire dall'entrata in vigore di quest'ultimo Trattato che ha quasi generalizzato il voto a maggioranza qualificata e la co-decisione del Parlamento europeo che i progressi si sono fatti più sofferti come avvenuto in occasione della approvazione della seconda generazione delle norme in materia di asilo o della riforma della *governance* di Schengen, per bloccarsi di fatto in materia di migrazione o, addirittura, arretrare come in materia di solidarietà in caso di crisi derivanti dall'afflusso massiccio di migranti.

È questa purtroppo una situazione ormai ricorrente cui l'Unione europea si trova confrontata e ciò già a partire dalla caduta del muro di Berlino, lo svilupparsi della crisi Jugoslava e il conseguente esodo dal Kosovo, per giungere agli spostamenti di massa a seguito delle rivoluzioni innescate dalla cosiddetta primavera araba del 2010, sino alla crisi del 2015 per il conflitto siriano e, ora, alla crisi afgana di cui siamo testimoni in questi giorni.

* Visiting Professor, Queen Mary University of London.

In queste situazioni, dato l'elevato numero di persone coinvolte e l'onerosità delle procedure amministrative individuali, diventa quasi impossibile per gli Stati applicare caso per caso le norme europee e internazionali sul riconoscimento della protezione internazionale, cosicché diventa inevitabile in tali situazioni di emergenza prevedere almeno una forma di protezione temporanea¹ per gruppi di persone in attesa di esaminarne la situazione caso per caso.

Le misure di protezione temporanea adottate a livello nazionale² rischiano però di creare problemi in uno spazio senza controlli alle frontiere interne come lo spazio Schengen: le differenze nella durata della protezione, nonché nelle possibilità di accedere a diritti e servizi nei singoli paesi rischiano di provocare movimenti incontrollati all'interno dell'area. In questo contesto venne quindi negoziata e approvata, già all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la prima Direttiva europea in materia di Protezione Temporanea (Direttiva 2001/55/CE)³, grazie alla pressione dei paesi che più erano stati esposti alla pressione degli sfollati dal Kosovo (Austria, Belgio, Germania, Paesi Bassi, Lussemburgo e Svezia).

La Direttiva 2001/55/CE fu il primo esempio di solidarietà coordinata all'interno dell'UE e con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha trovato una specifica base giuridica nell'art.78 del Trattato sul funzionamento dell'Unione secondo il quale «1. L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento (...)» In particolare il paragrafo 2 lettera c) prevede che Parlamento e Consiglio definiscano «un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio» e il paragrafo 3 prevede che «Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situa-

¹ Per meglio comprendere la differenza tra protezione temporanea e sussidiaria si veda CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 febbraio 2009, *Elgafaji vs. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94.

² Per esempio la "Duldung", o residenza "tollerata" in Germania, l'"Exceptional Leave to Remain" nel Regno Unito, il "Provisional Permission to Remain" nei Paesi Bassi. Vedi S.M. AKRAM, T. REMPEL, *Temporary Protection as an instrument or Implementing the Right of Return of Return for Palestinian Refugees*, in *Boston University International Law Journal*, Vol. 22, no. 1/2004.

³ Per una analisi approfondita del contesto e dei contenuti di questa Direttiva si veda: *Study on the Temporary Protection Directive Final report*.

zione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati (...) previa consultazione del Parlamento europeo».

Sul piano formale esiste, dunque, a livello di diritto primario e secondario dell'Unione, un quadro giuridico coerente, anche se non esaustivo, per fronteggiare queste situazioni. Nonostante ciò, le misure adottate in occasione delle crisi successive a quella del Kosovo non hanno valorizzato quella direttiva e sono state ben al di sotto di quanto ci si sarebbe potuti attendere.

Uno studio della rete *Odysseus*⁴ sulla Direttiva 2001/55/CE negli Stati membri ha messo in luce i problemi nella trasposizione della stessa a livello nazionale. Ma i veri problemi sembrano emergere dall'interpretazione estremamente prudente, per non dire elusiva, da parte della Commissione UE, che si è fatta interprete delle resistenze di alcuni Stati Membri (paradossalmente, inclusi quelli che ne avevano sostenuto a suo tempo l'approvazione...).

Così, in occasione dei movimenti di migranti legati all'erompere della cosiddetta Primavera Araba, la Commissione non ha considerato fondate le richieste di attivazione della Direttiva presentate prima dell'Italia e successivamente da Malta, perché in ambedue i casi non si sarebbe stati in presenza di "un afflusso massiccio" di migranti tale da mettere sotto pressione eccezionale i sistemi nazionali di gestione delle domande di asilo nei due paesi. Per la stessa ragione in occasione di un dibattito tenutosi il 26 febbraio 2015 presso la Commissione parlamentare LIBE del Parlamento europeo, a seguito di una richiesta della Europarlamentare Gardini, la delegazione della Commissione aveva affermato che anche l'afflusso di sfollati a seguito della crisi siriana avrebbe potuto essere gestito secondo le regole ordinarie (?!).

La posizione dell'esecutivo di Bruxelles cambiò ovviamente pochi mesi più tardi e la Commissione, su iniziativa del suo Presidente Juncker e con l'appoggio del Consiglio europeo, propose al Consiglio dell'Unione l'adozione, nel settembre 2015, di due misure di ricollocazione per alleviare la pressione su Grecia ed Italia degli sfollati a seguito della Crisi Siriana⁵.

⁴ *Odysseus Network (2007), Study of the Conformity checking of the transposition by Member States of the directive in the sector of asylum and immigration, done for DG JLS of the European Commission (Contract JLS/B4/2006/03).*

⁵ Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece and Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece.

Queste misure – le prime fondate sull’art.78.3 TFUE – perseguivano obiettivi analoghi a quelli regolati dalla Direttiva 2001/55/CE. Vennero rapidamente approvate, dopo consultazione del Parlamento, a maggioranza qualificata, con il voto contrario di Ungheria, Repubblica Ceca, Slovacchia e Romania in quanto prevedevano una ripartizione obbligatoria di quote di richiedenti asilo tra gli Stati membri.

Benché il Trattato non preveda una competenza esclusiva degli Stati membri in materia di protezione internazionale, com’è noto, Slovacchia e Ungheria impugnarono la Decisione di fronte alla Corte, offrendo a quest’ultima la possibilità di interpretare l’art. 78.3 TFUE nel senso di ammettere in casi di emergenza e in via temporanea di sospendere o derogare a norme legislative vigenti (in quel caso il Regolamento di Dublino)⁶.

Alla luce di queste aperture da parte della Corte di Giustizia, la Commissione ha recentemente proposto di sostituire la Direttiva 2001/55/CE con un progetto di Regolamento su «le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo»⁷, fondato sull’art. 78.2 TFUE e attualmente all’esame del Consiglio e del Parlamento europeo.

2. *E ora, che fare?*

Vista la pressione attuale conseguente alla crisi afgana, ci si può però chiedere se le nuove proposte legislative in materia di crisi migratoria o di reinsediamenti⁸ possano essere adottate in tempo utile dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Anche per questo, negli scorsi giorni, intervenendo davanti ad una commissione del Parlamento europeo, l’Alto Rappresentante Josep Borrell ha evocato la possibilità di attivare la “vecchia” direttiva 2001/55/CE, che già offre una procedura flessibile per fronteggiare in modo coordinato anche forme di evacuazione di masse di persone in situazione di pericolo.

Inoltre, tenendo presente la recente giurisprudenza della Corte di giusti-

⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria contro Consiglio dell’Unione europea*, Cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, paragrafi 78-81.

⁷ Vedi 2020/0277 (COD) Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo.

⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell’Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio.

zia sulla portata dell'art 78.3 del TFUE, sarebbe auspicabile l'attivazione di corridoi umanitari europei attraverso una modifica temporanea dell'art. 25 del Regolamento Visti, così da consentire la presentazione di domande di visti umanitari anche nelle sedi diplomatiche dei paesi limitrofi all'Afghanistan.

In questo modo si potrebbe sperimentare una prima forma di visti umanitari europei, richiesta insistentemente dal Parlamento europeo alla fine della scorsa legislatura con una iniziativa legislativa a maggioranza assoluta dei membri come previsto dall'art. 225 del Trattato. All'epoca il vicepresidente della Commissione Timmermans aveva giustificato il mancato recepimento della proposta del PE per ragioni di «opportunità politica».

Data la drammaticità della situazione attuale, pare legittimo chiedersi se l'esecutivo di Bruxelles non debba tornare sui suoi passi e valutare l'attivazione, in via emergenziale e su base temporanea, di canali e visti umanitari europei, come a suo tempo proposto dal Parlamento europeo e come chiedono, oggi, a gran voce, una sessantina di deputati europei e svariate associazioni di giuristi, come l'Unione forense per la tutela dei diritti umani e l'ASGI. Rispetto al 2019 la situazione è radicalmente cambiata e anche l'opinione pubblica sembra, al momento, favorevole a misure di solidarietà effettiva sotto l'egida dell'Unione europea.

Lo scorso anno, coraggiosamente la Commissione si è assunta l'onere di coordinare gli interventi anti-Covid, sebbene la base giuridica nei trattati non fosse evidente. Lo è invece nel caso della protezione temporanea, per la quale l'ostacolo non è giuridico, ma soltanto politico.

Il tema sarà con tutta probabilità sul tavolo del Parlamento europeo nei prossimi giorni. È ormai chiaro che la situazione ha diverse vie d'uscita possibili dal punto di vista giuridico. Ciò che ancora non sembra ancora aver preso forma è una chiara volontà politica da parte delle istituzioni UE, che pure si sono mostrate molto zelanti nella protezione delle frontiere. La crisi afgana offre la possibilità alla vecchia Europa di mostrare un volto diverso, benigno, attento ai suoi valori fondativi e alla geopolitica. La speranza è che anche questa occasione non vada sprecata.

LE STRATEGIE EXTRATERRITORIALI EUROPEE NELL'AMBITO
DELL'ASILO: QUALI BASI PER UNA COOPERAZIONE
CON IL MAGHREB?

Maria Ludovica Gualtieri*

SOMMARIO: 1. L'approccio UE alla gestione dei migranti: la ricerca di una soluzione oltremare. – 2. Il limbo dei richiedenti asilo in Maghreb tra promesse in agenda e vuoti normativi: il caso della Tunisia. – 3. La 'non accoglienza' come strategia di resistenza alle politiche europee di esternalizzazione.

1. *L'approccio UE alla gestione dei migranti: la ricerca di una soluzione oltremare*

Nell'agenda politica europea, l'ambizione di 'esternalizzare' ai Paesi Terzi quanti più aspetti possibili relativamente alla gestione dei migranti emerge in maniera sempre più evidente; non fa eccezione il nuovo Patto europeo sull'asilo e migrazione, il quale pone la cooperazione con i Paesi di origine e transito come aspetto centrale delle strategie migratorie. Dall'accento su misure securitarie come la sorveglianza delle frontiere lungo le rotte migratorie allo sviluppo di normative impostate sul paradigma della 'protezione altrove'¹, come l'*internal protection alternative* e la nozione di Paese terzo sicuro, da ormai quasi un decennio le politiche europee relative alla questione migratoria si proiettano in maniera sempre più decisa verso una dimensione extraterritoriale.

In tale contesto, gli Stati del nord Africa rivestono un ruolo particolarmente rilevante, non solo perché essi stessi Paesi di emigrazione, ma anche in virtù della loro posizione geografica che li configura come territori di transito e destinazione di migranti provenienti dal resto del continente africano e dunque, nella prospettiva dell'Unione, come naturali guardiani delle proprie frontiere. L'esempio più evidente in tal senso è indubbiamente la Libia, verso la quale molteplici sforzi politici ed economici comunitari sono stati indirizzati al fine di rendere il Paese incline a collaborare nella realizzazione degli

* Dottoranda, Università di Tor Vergata.

¹ M. SAVINO, *Asilo e deterrenza: verso il paradigma della "protezione altrove"*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021.

interessi europei di controllo della migrazione. Sforzi che tuttavia, ad oggi, palesano un fallimento rappresentato non solo dalle partenze mai realmente cessate dalle coste del Paese, ma anche dal fatto che le disumane condizioni dei migranti in Libia, unitamente alla crescente instabilità nella regione del Sahel, stanno favorendo il diramarsi delle rotte migratorie anche in altre parti del Nord Africa. In questo scenario, nonostante l'UE non abbia mai cessato di percorrere ostinatamente la strada della cooperazione con la Libia, Paesi come la Tunisia e Marocco, unici Stati relativamente stabili incastonati in un'area geografica complessa e caratterizzata da conflitti, rafforzano ancora di più la propria rilevanza nelle strategie europee esterne.

Le politiche europee verso tali Paesi hanno da sempre poggiate su alcuni strumenti ricorrenti: accordi di riammissione, sorveglianza delle frontiere, rafforzamento della governance della migrazione e dei sistemi di protezione dei rifugiati e richiedenti asilo, con investimenti che ammontano a miliardi di euro.

Se le speranze (e le finanze) dell'Unione si slanciano convintamente verso l'altra sponda del Mediterraneo, nella prospettiva dei Paesi del Nord Africa, la cooperazione con l'UE nell'ambito della migrazione rappresenta una delle tematiche più salienti e controverse nella regione, soprattutto a causa di una certa tensione tra l'interesse – convergente con l'UE – di controllare i flussi migratori e la riluttanza ad attuare nel proprio territorio iniziative esterne percepite come particolarmente invadenti o lesive della propria sovranità territoriale. Uno degli esempi maggiormente significativi in tal senso è stata la proposta da parte dell'UE di istituire piattaforme di sbarco in Nord Africa², dove sarebbero stati 'smistati' i migranti dopo uno screening basato sui requisiti per la protezione internazionale. Tale proposta si è scontrata con la ferma opposizione di tutti i Paesi coinvolti (Algeria, Marocco e Tunisia), che hanno manifestato un netto rifiuto di fronte ad un così oneroso ed invasivo progetto.

Se da un lato le proposte europee volte alla gestione effettiva dei migranti sul territorio si sono scontrate con la resistenza dei Paesi del Nord Africa, nondimeno, le collaborazioni in ambito prettamente securitario sono invece state portate avanti con maggiore successo. Marocco e Tunisia sono infatti i principali partner del programma Border Management per il Maghreb (BMP- Maghreb), finanziato dall'EU Trust Fund for Africa per 55 milioni di euro e volto a rafforzare la sorveglianza delle frontiere dei due Paesi con il supporto di personale e strumenti logistici europei.

² CONSIGLIO UE, *European Council conclusions*, 28 giugno 2018, Press release 421/18.

2. *Il limbo dei richiedenti asilo in Maghreb tra promesse in agenda e gap normativi: il caso della Tunisia*

Se dunque la cooperazione relativa alla gestione delle frontiere si è rivelata percorribile grazie alla convergenza di interessi tra la necessità europea (in particolare italiana e spagnola) di rendere meno porose le frontiere dei Paesi della rotta mediterranea e gli obiettivi dei governi nordafricani di rafforzare il controllo del proprio territorio, questi ultimi si sono mostrati decisamente meno sensibili e collaborativi per ciò che riguarda la gestione dell'elemento umano, ovvero i migranti. In particolare, uno degli aspetti che sembrerebbe incontrare maggiori resistenze riguarda il rafforzamento dei sistemi di protezione dei richiedenti asilo, tema che la Commissione sembrerebbe, almeno in teoria, porre come imprescindibile nella cooperazione nel settore della governance della migrazione³.

Ciononostante, è interessante notare come alcuni Paesi abbiano in realtà da tempo – ed autonomamente – intrapreso la via verso incoraggianti riforme in tal senso, in particolare dopo le primavere arabe. La costituzione del 2011 del Marocco riconosce ad esempio la supremazia delle convenzioni internazionali (tra cui quella di Ginevra sui rifugiati) e garantisce la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali anche agli stranieri. Inoltre, nel 2013 il Marocco ha redatto la propria *Stratégie Nationale d'Immigration et d'Asile* (SNIA), salutata come un quadro di importanti riforme a favore dei richiedenti asilo e degli stranieri. La Tunisia, dopo la caduta del regime di Ben Ali nel 2011, è stata invece il primo tra gli Stati arabi ad includere il diritto di asilo all'interno della nuova Costituzione promulgata nel 2014. Nondimeno, tali promettenti percorsi sembrano essere rimasti incompiuti, dal momento che di fatto nessuno dei due Paesi ha mai concretamente adottato alcuna normativa in materia ed in generale, i sistemi di protezione dei rifugiati rimangono in gran parte strutturalmente carenti ed obsoleti.

Se le ragioni di ciò sono in parte indubbiamente riconducibili alle difficoltà economiche e sociali interne - ora peraltro aggravate dalla crisi scaturita dalla pandemia – viene tuttavia da domandarsi se lo scarso avanzamento delle politiche e delle legislazioni a tutela di migranti e rifugiati siano da imputare anche ad un preciso interesse dei governi locali.

Una riflessione sulla situazione della Tunisia consente di evidenziare al-

³ Comunicazione 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.

cune tendenze interessanti in tal senso. Nonostante la prima fase post-rivoluzionaria sembrasse prospettare un'effettiva propensione verso l'implementazione della disposizione costituzionale sul diritto di asilo, anche in virtù di un percorso del Paese proiettato verso un sistema democratico basato sulla garanzia dei diritti umani, tale aspirazione, almeno per ciò che concerne la tutela dei rifugiati, si è presto dissipata. Un progetto di legge era stato redatto già nel 2014, sotto la spinta congiunta di UNHCR, della società civile e delle organizzazioni locali per i diritti umani. Tale versione è stata, dopo numerose modifiche, trasmessa al Parlamento solo nel 2018. Il progetto prevedeva in particolare la creazione di una “*Instance nationale de protection des réfugiés*”, incaricata delle procedure di determinazione della protezione internazionale e dell'integrazione dei rifugiati. Tuttavia, da allora la proposta non è stata mai discussa in Parlamento ed il Paese rimane tuttora privo di legislazioni sulla protezione internazionale. Le competenze per tale materia rimangono al momento nelle mani di un'autorità esterna, l'UNHCR, con cui il Paese ha firmato un'intesa nel 2011 ed al quale, almeno sulla carta, i migranti possono rivolgersi per il riconoscimento dello status di rifugiato. Tuttavia, nella maggior parte dei casi l'accesso all'UNHCR rappresenta uno degli aspetti maggiormente problematici, soprattutto nei casi in cui i migranti fermati nel territorio senza documenti, vengono sottoposti a regime di detenzione in centri non sempre accessibili all'Alto Commissariato. A causa del vuoto legislativo in materia di diritto di asilo inoltre, anche la documentazione fornita da UNHCR a quanti richiedono protezione internazionale, non esclude necessariamente la possibilità di essere espulsi o rinchiusi nei centri di detenzione, dal momento che le autorità tunisine non hanno un quadro legale a cui fare riferimento né spesso sono adeguatamente informate in materia.

Se le procedure di accesso all'asilo si barcamenano tra irregolarità e gap normativi, alle persone a cui è riconosciuta una forma di protezione viene rilasciata una *carte de réfugié* dall'UNHCR che, pur garantendo diritto ad alcuni servizi sanitari di base non è tuttavia valida come titolo di soggiorno né garantisce accesso ad un mercato di lavoro legale. Sia migranti irregolari che richiedenti asilo, risultano dunque intrappolati in una sorta di “macchina dell'irregolarità”, che li espone ad abusi e difficoltà generate non solo dall'inesistente cornice normativa a tutela di tale categoria, ma anche dalla scarsa preparazione dell'amministrazione e delle forze dell'ordine in materia⁴. Se dal lato puramente normativo tali deficit rappresentano una violazio-

⁴ P. VERON, *Tunisia: Possibilities for reform and implementation of migrant reception and protection*, in *ECDPM study*, novembre 2020.

ne delle disposizioni internazionali sui diritti dei rifugiati, dal punto di vista pratico una simile situazione fa sì che anche coloro che giungano nel Paese con la volontà di restarvi, siano spinti a proseguire verso l'Europa dalla durezza delle condizioni di vita incontrate.

Ciò rappresenta un aspetto particolarmente problematico per l'UE nella misura in cui il Paese, oltre ad essere un territorio di emigrazione, si sta inoltre progressivamente delineando come luogo di arrivo ed ultimo transito per migranti di altre nazionalità giunti principalmente dal confine libico. Tra il 2018 ed il 2019 infatti, la Tunisia ha visto un notevole aumento del numero di migranti transitati per il proprio territorio, trend confermato anche dall'ultimo rapporto di Frontex⁵, secondo cui nell'ultimo anno la percentuale di cittadini di Paesi terzi partiti dalla Tunisia è passata dal 9 al 28% mentre, il numero dei richiedenti asilo registrati è aumentato del 70%⁶. Un ulteriore aspetto degno di nota è che molti dei migranti presenti sul territorio, come emerso da alcuni sondaggi⁷, vedrebbero la Tunisia non come un Paese di transito, ma come destinazione finale. Tali dati, calati nel contesto del Paese, pongono dunque il problema circa l'effettiva capacità della Tunisia di far fronte alla gestione di un numero crescente di persone che chiedono asilo, a cui una mancata risposta si tradurrebbe inevitabilmente in un ulteriore motivo per queste ultime di partire alle volte dell'Europa.

3. *La 'non accoglienza' come strategia di resistenza alle politiche europee di esternalizzazione*

Mentre a livello interno la situazione dei diritti umani in Tunisia sembra aver fatto progressi dal 2011, l'assenza di uno standard adeguato di protezione per i rifugiati non sembra tuttavia apparire tra le priorità dei governi post-rivoluzionari, che sembrano intenzionati a mantenere una letargica posizione sull'implementazione delle normative in materia⁸.

Preoccupata per le conseguenze in termini di ulteriori partenze dalle co-

⁵ FRONTEx, *Annual Risk Analysis*, 2020.

⁶ UNHCR TUNISIA, *Registration Fact Sheet*, 31 marzo 2021.

⁷ MERCY CORPS - REACH, *Tunisia, country of destination and transit for sub-Saharan African migrants*, 30 Ottobre 2018.

⁸ B. ROULAND, *Redistributing EU 'burdens': the Tunisian perspective on the new Pact on Migration and Asylum*, in *Forum on the new EU Pact on Migration and Asylum in light of the UN GCR*, 8 gennaio 2021.

ste tunisine, l'Unione Europea ha tentato di fornire il proprio impulso con strumenti finanziari e know-how. Tra il 2015 ed il 2018 l'UE ha infatti stanziato tre milioni di euro⁹ per un programma di sostegno al governo tunisino volto all'attuazione di un sistema nazionale di protezione per i rifugiati. Inoltre, nel 2019, la Commissione ha stanziato ulteriori due milioni¹⁰ di euro per migliorare l'accesso alla protezione di richiedenti asilo e rifugiati in Tunisia, con l'obiettivo dichiarato di «ridurre il rischio di pericolosi movimenti verso l'Europa». Ciononostante, ad ora non si registrano progressi in tale direzione.

Nonostante sia evidente come l'UE sia stata capace di esercitare una notevole influenza su alcuni aspetti delle politiche migratorie interne, soprattutto nell'ambito della sorveglianza delle frontiere, quando si parla di protezione, la *propagation of norms* europea non sembra aver attecchito nell'agenda del governo locale. Se le sfide sociali interne, come la crescente disoccupazione che spinge sempre più tunisini ad emigrare, costituiscono delle priorità del governo che realisticamente non vengono scalzate dalla necessità di tutelare i migranti vulnerabili, tuttavia, questa potrebbe non essere l'unica, o comunque la principale ragione del disinteresse della politica tunisina verso la questione.

Vale la pena chiedersi, infatti, quanto il mantenere volutamente condizioni sfavorevoli all'integrazione dei migranti ed alla protezione dei richiedenti asilo sia una precisa intenzione dei governi di Paesi di transito come la Tunisia. Da una parte vi è infatti il timore che lo sviluppo di sistemi di accoglienza e protezione per i migranti possano costituire un fattore attrattivo per questi ultimi, incoraggiandoli a restare sul territorio invece di proseguire verso l'Europa, dall'altro, secondo alcuni¹¹, queste volontarie carenze sarebbero anche riconducibili ad un effetto indiretto delle politiche di esternalizzazione dell'UE. Di fronte ad un'agenda europea sempre più orientata verso una ge-

⁹ DÉLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE EN TUNISIE, *Projets en bref*, Fiche numéro 20/01 Contrat » CRIS/2015/369-326.

¹⁰ EU SUPPORT ON MIGRATION IN TUNISIA, *EU Emergency Trust Fund for Africa – North of Africa window*, dicembre 2019.

¹¹ S. BISIAUX, *Politiques du non-accueil en Tunisie Des acteurs humanitaires au service des politiques sécuritaires européennes*, Migreurop e FTDES, giugno 2020; A. UZELAC, *The real common interest: The converging EU and North African migration agendas – where do people's interests come in?*, OXFAM Briefing Paper, ottobre 2020. A. KNOLL, C. TEEVAN, *Protecting migrants and refugees in North Africa: challenges and opportunities for reform*, in ECDPM, discussion Paper n. 281, ottobre 2020.

stione *offshore* non solo della migrazione irregolare ma anche del processamento delle domande di asilo, per Paesi come la Tunisia una possibile equazione tra Paese terzo sicuro e potenziale hotspot d'Europa, diviene una prospettiva sempre più minacciosa. In tal senso, la politica di “non accoglienza”¹², rientrerebbe dunque in una strategia di resistenza ai progetti europei di “controllo remoto” della migrazione, questione, quest'ultima, da cui l'UE mira a disimpegnarsi progressivamente fermando i migranti nei Paesi di transito, dopo averli opportunamente dotati di capacità di gestione sia in termini di sorveglianza che di protezione per i rifugiati e creando le condizioni per cui questi ultimi restino oltremare.

In tal senso, la carenza dei sistemi esistenti – o la loro quasi totale assenza – e la riluttanza manifestata dalle istituzioni tunisine negli ultimi anni a mostrare un concreto segnale di voler migliorare tali condizioni, anche solo inserendo nella propria agenda l'adozione di una legislazione già redatta da anni, suggeriscono come in tale ambito l'UE abbia un limitato margine di manovra in relazione alla possibilità di convincere il Paese a migliorare gli standard esistenti. L'UE sembra tuttavia procedere ostinatamente sulla via di finanziamenti e partenariati che in teoria dovrebbero migliorare la situazione dei migranti in nord Africa, senza fare i conti con le carenze volontarie e/o strutturali di questi paesi in termini di accoglienza. Non è tuttavia chiaro fino a che punto abbia realizzato come la propria ambizione di esternalizzare la gestione dei migranti a tutti i costi possa essere controproducente, correndo il rischio di ‘intimorire’ gli altri Paesi ed inducendoli a riflettere bene prima di adottare politiche e legislazioni più favorevoli ai rifugiati, a prescindere dalle proprie possibilità economiche.

Con il lancio del nuovo patto Europeo sulla migrazione e l'asilo, è dunque chiaro come il dialogo tra l'UE ed i Paesi del Maghreb continuerà a definire inevitabilmente le politiche dei Paesi di transito. Resta da chiarire tuttavia in che misura l'Europa voglia confrontarsi con le incoerenze e gli effetti indiretti della propria strategia, e soprattutto quanto le conseguenze possano impattare sui gruppi più vulnerabili.

¹² S. BISIAUX, *Op. cit.*

ZERO ASYLUM SEEKERS:
THE NEW DANISH LAW (NOT) ON ASYLUM

Chiara Scissa*

SOMMARIO: 1. “Lovely numbers”. – 2. The “paradigm shift” in the Danish law on migration and asylum. – 3. Externalization as the underlining basis of the new Danish asylum law.

1. “*Lovely numbers*”

«*Lovely numbers*. The policy of the government is to make sure that refugees’ stay is temporary. When possible, it’s only natural that refugees go home to their countries of origin. I’m happy to give people protection when they need it. But I’m also happy every time a refugee can return home».

These words, delivered by the Danish Minister of Immigration and Integration Mattias Tesfaye, give us a clue of the grounding approach of his country’s policy on migration and asylum. Although it is true that the refugee status may not be indefinitely granted, it shall be maintained as long as necessary or justified.¹ The 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees clearly outlines the exhaustive grounds upon which the refugee status shall cease. In particular, it establishes that the Convention no longer applies if the circumstances, intended as fundamental and major changes in the country of origin or habitual residence, that granted the refugee status have ceased to exist. Conversely, a mere and transitory change cannot be assumed to remove the basis of the fear of persecution.

This, however, does not coincide with the position of the Danish government, which since 1986 suggested to externalize the international protection process in third countries to keep migrants distant from their national border.² Most recently, in April 2021, the government decided to revoke the residence permit of 886 Syrian and 373 Somali refugees on the ground that

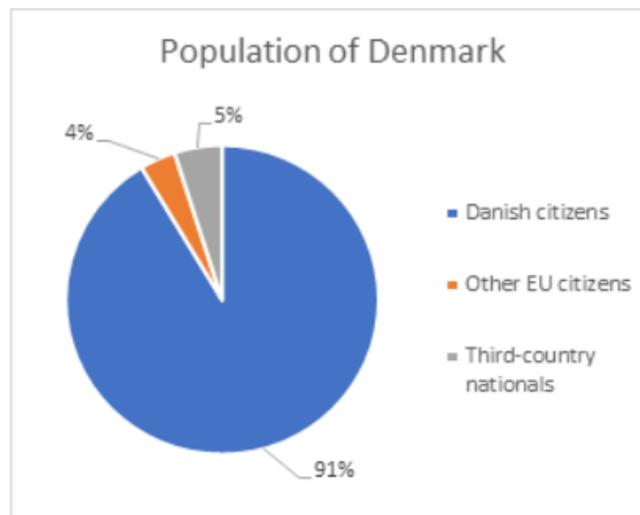
* PhD in Law, Sant’Anna School of Advanced Studies.

¹ European Website on Integration, *More refugees are leaving Denmark than coming*, 4 May 2020.

² ECRE, *Op-ed: Danish Externalization Desires and the Drive Towards Zero Asylum Seekers*, 12 March 2021.

Damascus and Mogadiscio are now allegedly safe to return to and there is no longer need to “host” them in Denmark.

The strong anti-migration sentiment embedded in national policy can hardly be justified by numbers. Indeed, as of 1 January 2021, 298.005 third-country nationals are living in Denmark, which amount to no more than 5% of the total population (5.82 million).³ The largest group of regular migrants comes from Turkey, while Syrian, Eritrean and Afghan are the top 3 nationalities claiming international protection in the country. Over the last few years, the number of international protection (IP) seekers in Denmark has been sharply decreasing from 21.000 in 2015 to 1.500 in 2020. In 2020, only 601 gained the refugee status, the lowest number registered in the last three decades.



2. *The “paradigm shift” in the Danish law on migration and asylum*

The Danish Aliens Act, adopted in 1983 and amended many times since, covers both migration and asylum law, as Denmark does not provide for a self-standing refugee law, and regulates almost every aspect of the migration process. Major amendments adopted in 2002 and between 2015 and February 2019 radically shifted the focus from permanent protection and integration to temporary statuses and return. This strongly restrictive grip to migration is also known as “paradigm shift”.

³ European Website on Integration, Governance of Migrant Integration in Denmark.

The Danish Aliens Act recognizes three refugee categories, namely those qualified under the 1951 Geneva Refugee Convention (or convention refugees); *de facto* refugees who, although not eligible for the traditional refugee status, cannot be removed because of objective, not subjective, grounds for believing that they would be at risk of death penalty, torture or other inhumane or degrading treatment; and *quota refugees*, i.e. refugees relocated in Denmark. In February 2015, the Danish Ministry of Justice introduced a new temporary permit called “temporary subsidiary protection status”. This one-year residence permit, renewable for two years, granted protection to around 4.000 people who, if returned in their country of origin, would have been at risk of death penalty, torture or other inhumane or degrading treatment in the context of generalized violence and attacks on civilians. This provision, specifically tailored for Syrians, aimed to include a highly temporary and return-oriented status that could cease «irrespective that the situation – despite improvements – continues to be serious, fragile and unpredictable» (Bill No. L 72/2014-15, explanatory memorandum para 2.1.1.2).

Over time, the Danish Aliens Act also drastically reduced the duration of the other protection statuses, in turn increasing the frequency of reviews to renew or withdraw the protection status. In 2019 these reviews became a mandatory practice, thus leaving refugees in precarious uncertainty and undermining the stability of the refugee status.

Moreover, since 2002, the Danish government made it increasingly difficult to obtain a permit for family reunification, a measure that particularly affected IP seekers and holders. As underlined by Adamo, the complexity and ambiguity of the Danish legislation on family reunification «may lead to non-transparent and unpredictable administrative practices», in particular because «the rules are to be found in several different legal texts, but also because Aliens Act has been amended in a patchy way and not entirely revised to create a more manageable set of rules».⁴ It may even lead to indirect discrimination, affecting only specific groups. For instance, the 2002 amendments to the Aliens Act sharply restricted the eligibility of children to be authorized to family reunification. In particular, Article 9.1 (2) holds that children may be denied family reunification if above 15 years of age, unless this would entail a violation of their right to family life or of the best interests of the child. According to Adamo, this controversial restriction stemmed from the fact that adolescents who had not

⁴ S. ADAMO, *The Danish Legal Framework for Migration: Between a Humanitarian Past and a Restrictive Present*, in M.C. FOLETS, J.Y. CARLIER (eds.), *Law and Migration in a Changing World*, Springer, 2021.

lived in Denmark during their most formative years would hardly adopt, and integrate with, Danish values and culture. Even more contentious is the amendment introduced in 2004 according to which children over 8 years old may be required to meet requirements for successful integration in order to be granted family reunification. Therefore, a family reunification claim lodged by a minor between 8 and 15 years old would be evaluated primarily according to their integration potential rather than to their best interests and fundamental rights, including family unity and family life.

In light of the drastic changes in the Danish migration and asylum policy, UNHCR delivered an 11-page letter to the national government where, *inter alia*, it recommended Copenhagen to ensure that all children are entitled to family reunification in order to fully comply with the Convention on the Rights of the Child.⁵ It also calls on the government to grant family reunification to all beneficiaries of international protection, including those covered by the temporary subsidiary protection status by allowing them to reunite with their family without a waiting-period. Indeed, another amendment endorsed in 2016 concerned temporary subsidiary protection beneficiaries, who were required by law to wait three years before applying for family reunification to the separated spouses and children, this meaning that thousands of refugees have been separated from their families for years. This practice has been recently condemned by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR) in *M.A. v. Denmark* for violation of Article 8 ECHR.⁶ The Court held that three years constitute an excessive waiting period and underlined the fact that all migrants with a protection status have a right to family reunification.

Moreover, the 2019 amendments took further significant steps to restrict permanent residence and citizenship for third country nationals, along with access to various economic benefits. Additionally, these lowered the threshold to withdraw or not to renew subsidiary and temporary protection statuses. In fact, they shifted integration towards return, establishing that international protection must end unless such cessation would be in breach of Denmark's international obligations. Therefore, cessation would be the rule, instead of the exception. Emblematically, the reform adopted in 2019 consistently replaced the term "integration" with "self-support and return".

⁵ UNHCR'S REPRESENTATION FOR THE NORDIC AND BALTIC COUNTRIES, *Recommendations on strengthening refugee protection at the national, European and global level*, 11 January 2021.

⁶ CEDU (Grande Chambre), judgement of 9 July 2021, *M.A. v. Denmark*, app. No. 6697/18.

3. *Externalization as the underlining basis of the new Danish asylum law*

«If you apply for asylum in Denmark, you know that you will be sent back to a country outside Europe, and therefore we hope that people will stop seeking asylum in Denmark», said the Parliament's spokesman on immigration and integration Rasmus Stoklund.

The Social-Democrat government advanced a new legislative proposal on asylum in February 2021, which was adopted by the vast majority of the Parliament in July. By amending, again, the Danish Aliens Act, Denmark foresees to remove IP seekers arriving in the country to non-EU partner countries as soon as they enter the territory and ask for international protection. The new law also facilitates IP seekers' preventive detention to ensure their transferability and deportation in extraterritorial camps outside the EU. Accordingly, IP seekers would be detained for having committed no crime but only for attempting to exercise their legitimate right to asylum. As noted by Lemberg-Pedersen, the national police would be in charge of stopping, screening, arresting and deporting IP seekers.⁷

Under the new law, IP seekers' protection claim would be evaluated in and by non-EU countries, meaning that they would be responsible for the removal of IP seekers in case of rejection as well as for their reception and integration in case of successful outcome of their claim. In other words, under no circumstances would IP seekers get to enter Denmark. Under the new law, the examination processing facilities are to be built after signing an agreement, or equivalent arrangement, with a third country, requiring that country to act in accordance with certain obligations under international law. According to Chatham House, IP seekers would be removed to a faraway third country regardless of where they are from.⁸ Although no country has as yet agreed to collaborate with Denmark on the project, the government declared that it is negotiating with five to ten countries, including Rwanda with which, Chatham House reports, Denmark signed a diplomatic agreement in March 2021 leading to speculation it presumably intends to open an asylum processing facility there.

Information is lacking regarding which Danish and third country's authorities have responsibility over IP seekers, according to which criteria third

⁷ M. LEMBERG-PEDERSEN, A. CHEMLALI, Z. WHYTE, N. FEITH TAN, *Danish desires to export asylum responsibility to camps outside Europe*, University of Copenhagen, March 2021.

⁸ CHATHAM HOUSE, *Denmark's immigrants forced out by government policies*, 28 June 2021.

countries are to be selected and under which circumstances these latter would accept to undertake such unreasonable burden and, last but not least, to what extent this new law may meet customary principles as well as international and EU obligations that Denmark is bound to fully respect.

Both the 1951 Refugee Convention and EU law provide for clear criteria in order to determine the State responsible for an international protection claim. Outsourcing asylum and protection processing is in open breach of these provisions as well as of the principle of *non-refoulement*. Enshrined in Article 33 of the 1951 Geneva Convention, this principle addresses any practice that could be implemented to avoid admitting IP seekers into a State's territories ("in any manner whatsoever"). This includes direct actions, namely those undertaken by governments or their officers and agents, and indirect actions, for instance implemented through internal laws or administrative practices. Emblematic examples of forbidden actions are deportation, return, expulsion, and rejection. UNHCR has clarified that Article 33 encompasses not only recognized refugees but also all IP seekers, even in case of mass influx.⁹ Therefore, automatically arresting and deporting IP seekers outside the EU means for Denmark to be in profound violation of international refugee law and human rights law, where its scope of application is significantly broader and encompasses all those cases where there is a real risk of serious harm. Externalization collides with all those international and regional human rights instruments (among others, ECHR, International Covenant on Civil and Political Rights, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, EU Charter on Fundamental Rights), which produce legally binding effects on Denmark and where the principle of *non-refoulement* is enshrined.

Furthermore, Article 31 of the 1951 Refugee Convention provides that States shall not impose penalties on refugees on account of their illegal entry or presence, provided that they present themselves without delay to the authorities and show a good cause for their illegal entry or presence. It means that IP seekers shall not be detained exclusively on the ground that they are seeking protection.

Although Denmark consistently opted-out the Common European Asylum System (CEAS), it is still bound by the requirements set out in the Dublin III Regulation and, in general, in EU law, principles and values. External-

⁹ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 29 January 2007.

izing international protection is not compatible with the right to effectively accessing asylum procedures and protection. Moreover, detention, defined as a deprivation of liberty, must be used as a measure of last resort, only when it is necessary and proportionate and pursues a legitimate purpose prescribed by law to be interpreted in a restrictive manner. Hence, detention shall never be arbitrary and shall be ordered only when alternatives, meant as sufficient but less coercive measures, are not applicable. While migrant children should never be detained, EU law provides for specific grounds for detention upon removal for adult IP seekers and migrants.

Immigration and asylum detention cases must always be assessed in light of international and EU human rights standards, most notably the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights, as interpreted by the respective courts. The ECHR comprises an exhaustive list of grounds for detention, including to prevent unauthorised entry or to facilitate the removal of a third country national. Relevant safeguards are Article 5 ECHR (right to liberty and security) and Article 2 of Protocol No. 4 (freedom of movement). Beyond other relevant provisions enshrined in the CEAS, the Dublin III Regulation provides that detention should only take place in the case of a “significant risk of absconding” to secure transfer procedures from one Member State to another. In *Al Chodor*, the Court of Justice clarified that the expression “risk of absconding” has to be determined in an unambiguous way and within the pertinent measures to be adopted at the national level.¹⁰ Plus, the Dublin III Regulation prohibits detention solely on grounds of being subject to its transfer procedure. Finally, the objective of the Regulation is to identify the EU Member State responsible for examining an international protection claim following three hierarchical criteria, referring to the presence of family members (Articles 9-11), visas (Article 12) or country of first entry (Article 13). Transfer procedures must be disposed when another Member State is found to be responsible for the case. Therefore, it seems clear that detention 1) should not be justified solely to carry out such a transfer; 2) should not be implemented when the transfer involves a non-EU country; 3) should not take place when the criteria set out in the Regulation are not met.

From the outset this proposal has encountered harsh criticism by UNHCR, which declared to strongly oppose efforts that seek to externalize asylum and international protection obligations to other countries, and by the European Commission, which confirmed that outsourcing asylum to countries outside Europe is in violation of EU law and risks «undermining the

¹⁰ CGUE, sentence of 15 March 2017, *Al Chodor*, C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213.

foundations of the international protection system for the world's refugees». ¹¹ The Danish Refugee Council (DRC) issued a statement where it condemns this initiative as «irresponsible and lacking in solidarity». ¹² In fact, DRC points to the detrimental repercussions in terms of cooperation, responsibility-sharing and mutual trust that this new model would have on neighbouring countries, where IP seekers would likely stop to avoid being removed back to third countries. Even worst, it has been reported that some Syrian refugee families have fled Denmark to the Netherlands and Belgium in the attempt to escape the risk of being removed back to Syria. ¹³

Beyond the manifest unlawfulness of this last amendment to the Danish Aliens Act, what is relevant to point out here is that Copenhagen is sending out a very clear, straightforward message: IP seekers are not welcome in Denmark. Thus, we can expect its migration and asylum policy to become so severe to deter future migrants from attempting to enter the country. By means of this undoubtable externalization measure, Denmark rejects the recognition, the enforcement and the enjoyment of the right to asylum, letting third countries, already exposed to large migrants and refugees' inflows, do the "dirty job".

¹¹ EUOBSERVER, *Commission: outsourcing asylum 'illegal', after new Danish law*, 4 July 2021.

¹² DANISH REFUGEE COUNCIL, *Statement on the Danish proposal to potentially externalize the asylum procedure*, 3 June 2021.

¹³ MIDDLE EAST MONITOR, *Syrian refugees flee from Denmark to Netherlands, Belgium*, 11 October 2021.

ASILO E DETERRENZA:
VERSO IL PARADIGMA DELLA “PROTEZIONE ALTROVE”

Mario Savino*

SOMMARIO: 1. L’antagonismo tra individualismo (dei diritti) e statalismo (dei doveri). – 2. *La debolezza del burden-sharing e la forza del burden-shifting*. – 3. Verso un nuovo paradigma.

1. *L’antagonismo tra individualismo (dei diritti) e statalismo (dei doveri)*

La disciplina dell’asilo e della protezione internazionale è una delle aree del diritto pubblico contemporaneo più controverse e contestate. Questo spiega il proliferare di studi sul tema, tanto nel dibattito interno, quanto nel dibattito internazionale, al quale si farà qui riferimento.

Una prima serie di critiche al regime internazionale dell’asilo proviene dalla prospettiva “individualista”, assunta da chi osserva la materia dal punto di vista dei migranti costretti a lasciare il Paese di origine. Da tempo, i principali studiosi sottolineano l’inadeguatezza della distinzione tra migranti economici e rifugiati. La dicotomia tra migrazioni “volontarie” e migrazioni “forzate”, infatti, non cattura la complessità dei fattori che, nei Paesi in via di sviluppo, sono all’origine della mobilità (*push factors*), né tiene conto del percorso di violenze e sopraffazioni che molti migranti – tanto economici quanto umanitari – attraversano prima di approdare in Europa o in altri Paesi-rifugio. Secondo le critiche più radicali, la dicotomia migrante economico/rifugiato, alla base delle regole internazionali sulla mobilità, sarebbe, anzi, una finzione politica di chiara matrice statalista, volta a giustificare non solo una artificiosa categorizzazione dei migranti, decisiva per i destini individuali, ma anche l’introduzione di controlli di frontiera sempre più restrittivi e coercitivi¹. Un insieme di norme, dunque, quelle sull’asilo, che, lungi dal collocare al centro i bisogni dei migranti più vulnerabili, sarebbe funzionale all’assoggettamento di quelle persone al potere statale e, in ultima istanza, al rafforzamento della capacità di governo delle migrazioni forzate da parte dei Paesi del Nord del mondo².

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ R. HAMLIN, *Crossing: How We Label and React to People on the Move*, Stanford, 2021.

² S. BEHRMAN, *Law and Asylum*, New York, 2018.

Oggi, però, gli attacchi principali vengono dal versante statalista, che vede nelle norme sull'asilo il principale *vulnus* alla sovranità territoriale degli Stati. Il diritto di asilo, riconosciuto a chi fugge da guerre e persecuzioni, si converte nell'obbligo per lo Stato di ammettere sul proprio territorio il rifugiato che raggiunga le sue frontiere, anche quando non sia autorizzato all'ingresso (a un siriano in fuga da Idlib non si può richiedere la preventiva acquisizione del visto). Quest'obbligo complica il contrasto dell'immigrazione irregolare: quando i migranti economici *sine titulo* si confondono con i "veri" rifugiati nei c.d. flussi misti (si pensi agli sbarchi lungo le coste italiane, greche o spagnole), lo Stato deve ammettere sul proprio territorio anche quei migranti economici che potrebbe respingere, data la necessità di offrire a tutti la possibilità di chiedere asilo, con la conseguenza che anche coloro che non lo facciano – in quanto appunto migranti economici – una volta ammessi, finiscono spesso per rimanervi, data la difficoltà di effettuare i rimpatri. L'asilo, quindi – questa l'accusa principale – non solo mette a rischio il tentativo di programmare e limitare i volumi di ingresso degli immigrati, ma alimenta altresì il fenomeno della clandestinità e i circuiti criminali a esso connessi, esponendo i cittadini a minacce interne ed esterne, anche di tipo terroristico.

2. *La debolezza del burden-sharing e la forza del burden-shifting*

È in questo quadro fortemente polarizzato che gli studiosi del diritto d'asilo si trovano ad affrontare due problemi principali.

Il primo riguarda la debolezza degli strumenti di condivisione degli oneri (c.d. *burden-sharing*) legati all'accoglienza dei rifugiati. Quello dell'asilo come responsabilità della comunità internazionale, prim'ancora che come diritto individuale, è un aspetto decisivo sotto il profilo della effettività della protezione: è dalla esistenza di siffatti strumenti che dipende la capacità "globale" di proteggere i migranti più vulnerabili. Ancora una volta, però, le norme internazionali non disciplinano questo aspetto, che è quindi rimesso alla cooperazione tra Stati su base regionale. Anche a livello regionale, però, la cooperazione è molto difficile, come dimostra ormai da anni l'infruttuoso dibattito europeo sulla riforma del regolamento Dublino e, in particolare, sui criteri di distribuzione della responsabilità per l'accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati nell'ambito del Sistema comune europeo di asilo. Non mancano esempi positivi, come il sistema *responsibility-sharing* istituito in America Latina a partire dalla Dichiarazione di Cartagena (1984) e poi am-

pliato, a partire dal 1994 (Dichiarazione di San Jose), anche a tutela degli sfollati interni. Ma, anche in questo caso, il problema resta insoluto.

Se i passi in avanti, nella tutela dei richiedenti asilo, sono difficili, i passi indietro sono invece evidenti. Il secondo problema, di più ampia portata, riguarda appunto la elaborazione, da parte dei Paesi sviluppati, di diversificate strategie di “fuga” dalla Convenzione di Ginevra e dalle responsabilità di protezione che ne derivano.

Una prima strategia è rappresentata dal rafforzamento delle pratiche statali di dissuasione e disincentivo dei flussi misti “spontanei”. Per ridurre gli sbarchi lungo le coste o gli arrivi non autorizzati via terra, gli Stati di destinazione – tra i quali, quelli europei – adottano misure volte a penalizzare l’arrivo di irregolare di migranti, in modo per lo più indiretto (la penalizzazione diretta, nella forma ad esempio, della criminalizzazione, è preclusa dall’art. 31 della Convenzione di Ginevra). Tra queste misure, si segnalano: una maggiore selettività nella concessione della protezione, per effetto di interpretazioni restrittive dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (e delle forme di protezione alternative) e, per converso, estensive in merito alle clausole di esclusione, in particolare per motivi di sicurezza e ordine pubblico; il progressivo arretramento del sistema di garanzie procedurali (*due process*) tanto nei procedimenti amministrativi di valutazione delle richieste, quanto nelle procedure di controllo giurisdizionale; il crescente ricorso a strumenti coercitivi, come la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, ammessa in ipotesi sempre più generali e per periodi sempre più lunghi. L’apice di questa tendenza è rappresentato sia dalle pratiche lesive del principio internazionale di *non-refoulement*, come i respingimenti in alto mare, sia dalle pratiche di «*constructive refoulement*», come il trasferimento dei richiedenti in isole o aree remote del territorio dello Stato di rifugio, sul modello dell’Australia, ma non solo³.

A questa strategia di deterrenza “unilaterale”, sviluppata in autonomia dai singoli Stati, si sono aggiunte, negli ultimi anni, strategie di deterrenza “orchestrate”, fondate sulla cooperazione con i Paesi di origine o di transito dei flussi umanitari.

Un esempio di cooperazione con i primi è il ricorso alla «*internal protection alternative*», in base alla quale gli Stati responsabili della protezione si spogliano di tale responsabilità, rimpatriando i rifugiati in aree del Paese di origine diverse da quelle di provenienza, quando l’esistenza di conflitti o il

³ Per una ricostruzione “globale” di siffatte pratiche, si v. A. MOUNTZ, *The Death of Asylum: Hidden Geographies of the Enforcement Archipelago*, Minneapolis and London, 2020.

rischio di persecuzioni riguardi soltanto una parte di quel territorio. Questa pratica è anch'essa di dubbia coerenza con la Convenzione di Ginevra e il più delle volte si risolve in un aggravamento del problema degli sfollati interni. Nonostante l'UNHCR abbia adottato linee guida restrittive a riguardo, un numero crescente di Paesi vi fa ricorso, con la collaborazione di Paesi di origine come l'Afghanistan. In base alle regole operative in uso nel Regno Unito, ad esempio, l'opportunità o meno di effettuare un rimpatrio forzato in altra area del Paese di origine dipende dall'esame delle *country of origin information* (COI) e, in particolare, dalla valutazione circa l'esistenza di uno stato di violenza indiscriminata nell'intero paese di origine o solo in alcune porzioni del suo territorio.

Accanto alla rilevata tendenza alla sostituzione del *burden-sharing* tra Paesi sviluppati con il *burden-shifting* verso Paesi in via di sviluppo, il paradigma della deterrenza ha subito una ulteriore evoluzione, acquisendo nuovi strumenti, consensuali e proattivi, di «*orchestrated containment*»⁴. In questo caso, decisiva è la cooperazione dei Paesi di transito. Sulla base di accordi come quelli esistenti tra l'Unione europea e la Turchia o tra l'Italia e la Libia, un'ampia varietà di tecniche cooperative viene sperimentata: dalla fornitura di finanziamenti, equipaggiamento e addestramento (come quelli assicurati dall'Italia alla Guardia costiera libica), al pattugliamento congiunto dei confini e alla “delega” dei respingimenti in alto mare; dagli incentivi finanziari finalizzati a far accettare ai Paesi di transito il paradigma europeo della “protezione altrove”, fino alla creazione di programmi di “offshore processing”, cioè di valutazione extraterritoriale delle domande di asilo nei Paesi di transito e primo rifugio.

3. Verso un nuovo paradigma

Emerge, così, un quadro complesso, nel quale le norme sulla protezione internazionale, risalenti al secondo dopoguerra, non solo restano incomplete, ma sono sottoposte a un processo di costante erosione. Vietando i respingimenti che espongono al rischio di trattamenti inumani e degradanti, tali norme obbligando indirettamente gli Stati ad ammettere sul proprio territorio chi giunga al confine in cerca di protezione, sfidano la sovranità territo-

⁴ Formula coniata da V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÉ, *The Raise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham, 2019, p. 82 ss.

riale e, con essa, la primaria funzione hobbesiana di quegli Stati. Tale sfida è amplificata, nel XXI secolo, per un verso, dai *social networks* e da un sistema di trasporti con costi decrescenti e, per l'altro, da crisi umanitarie endemiche. Così, in un contesto generale di accresciuta mobilità tra Paesi e continenti, anche le migrazioni "umanitarie" o "forzate" non riguardano più solo le élites di dissidenti politici (i rifugiati dell'epoca della Guerra Fredda, ai quali principalmente guardava la Convenzione di Ginevra), ma è ormai una mobilità di massa, con milioni di persone in fuga da povertà e conflitti endemici.

La risposta difensiva degli Stati del Nord del mondo si spiega, allora, così: con la necessità di preservare la loro capacità di controllare gli spostamenti di persone sul proprio territorio e di distribuire risorse e prestazioni di *welfare*, privilegiando i propri cittadini. Per farlo, quegli Stati mettono in atto varie strategie di deterrenza, fondate tanto su misure unilaterali quanto sulla cooperazione con Stati terzi a fini di "contenimento orchestrato". L'obiettivo è tenere i migranti umanitari lontani dalla frontiera, così che non possano vantare alcuna pretesa all'ingresso e alla protezione.

Il risultato è duplice: un diritto di asilo depotenziato, perché dissociato dalla pretesa all'ammissione che deriva dall'obbligo di *non-refoulement*, e l'emersione di un nuovo paradigma della cooperazione internazionale, orientato non alla condivisione delle responsabilità ma alla "protezione altrove".

LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE: PRESUPPOSTI E LIMITI

LA CONVENZIONE DI GINEVRA SUI RIFUGIATI COMPIE SETTANT'ANNI: «AN UNCOMFORTABLE BIRTHDAY THAT WE ARE NOT IN THE MOOD TO CELEBRATE»

Adele Del Guercio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il regime internazionale di protezione dei rifugiati: un inquadramento generale. – 3. Il ruolo dell'UNHCR. – 4. Luci e ombre del regime di Ginevra. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il settantesimo anniversario della Convenzione di Ginevra sul riconoscimento dello status di rifugiato¹ offre l'opportunità di svolgere alcune considerazioni sul rilievo, le potenzialità e le criticità del trattato in questione e più in generale sul regime internazionale di protezione dei rifugiati. Adottata il 28 luglio 1951, la Convenzione riflette la volontà della comunità internazionale di evitare il ripetersi dei drammatici eventi degli anni Trenta e Quaranta del Novecento, quando agli ebrei che provavano a sottrarsi alla persecuzione nazista venne impedito di cercare asilo in altri Paesi². Proprio alla luce di tali circostanze e dell'esperienza maturata in precedenza, tra le due guerre mondiali, dal primo Alto Commissario per i rifugiati (il diplomatico norvegese Fridtjof Nansen), gli Stati e le organizzazioni internazionali presero contezza della natura transnazionale della questione dei rifugiati e della necessità di cooperare per una gestione più efficace della stessa. Una consapevolezza ribadita di recente con l'adozione della Dichiarazione di New York su migran-

* RTDb di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli L'Orientale.

¹ Testo reperibile al link https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951.pdf.

² J. CRISP, *UNHCR at 70. An Uncertain Future for the International Refugee Regime*, in *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2020, pp. 359-368, in part. p. 360; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2021, 4° ed.

ti e rifugiati³ e dei due Global Compact⁴, benché la volontà di collaborare nella ricerca di soluzioni condivise che consentano un'equa ripartizione delle responsabilità rimanga sovente sulla carta, non traducendosi in uno sforzo comune a livello globale⁵, in particolare da parte degli Stati economicamente più avanzati. Non è un caso che, tra questi ultimi, solo la Germania si collochi tra i primi dieci Paesi al mondo per numero di rifugiati accolti⁶.

2. *Il regime internazionale di protezione dei rifugiati: un inquadramento generale*

La Convenzione di Ginevra del 1951 è il primo trattato internazionale multilaterale a fornire una definizione universale di “rifugiato” e ad indicare criteri di eleggibilità tassativi al fine di sottrarre alla discrezionalità statale il riconoscimento della protezione⁷. Ai sensi dell'art. 1A(2) può essere definito “rifugiato” chiunque (cittadino di Paese terzo o apolide), nel giustificato timore di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trovi fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza o la residenza abituale e non possa o, per tale timore, non voglia avvalersi della protezione di detto Stato.

Il suddetto trattato è andato incontro nel tempo ad una evoluzione interpretativa sotto vari profili. Innanzitutto, con l'adozione del Protocollo di New York del 1967 è stato esteso – quanto meno per le Parti contraenti – l'ambito di applicazione *ratione temporis e ratione loci* della nozione di rifugiato, non più limitata alle persone di Paesi europei che cercavano rifugio in ragione di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951. Una lettura estensiva ha riguardato

³ Dichiarazione di New York su migranti e rifugiati, adottata il 19 settembre 2016.

⁴ *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018, A/RES/73/195, 11 gennaio 2019; Assemblea generale, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, Part II, *Global compact on refugees*, Supplement No. 12 (A/73/12 (Part II)), 2018.

⁵ M. SAVINO, *Asilo e deterrenza: verso il paradigma della “protezione altrove”*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, marzo 2021.

⁶ Secondo i dati forniti dall'UNHCR la Germania, con un milione e duecentomila rifugiati, si colloca quinta a livello internazionale dopo Turchia, Colombia, Uganda e Pakistan. Cfr. <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>, dati del 10 novembre 2021.

⁷ G. KNAUS, *The promise and the agony – saving the refugee convention*, in *ESI newsletter 4/2021 – Humane Borders Series 1/10*, 26 maggio 2021, reperibile al sito web.

poi i motivi di persecuzione, in special modo la categoria dell'«appartenenza a un determinato gruppo sociale»⁸. La nozione di «rifugiato» di cui all'art. 1(A)2 della Convenzione di Ginevra è stata infatti costruita intorno ad un individuo di sesso maschile, in fuga per ragioni connesse ad attività politiche in senso stretto e rispetto alle quali il persecutore è lo Stato. Il sistema internazionale di protezione dei rifugiati si è dunque modellato intorno ad esperienze tipicamente maschili ed ha ignorato le situazioni sperimentate dalle donne. Fino agli anni Ottanta del Novecento, l'assenza nel testo pattizio di un riferimento al genere, ma anche all'orientamento sessuale e all'identità di genere, ha determinato un processo di *invisibilisation*⁹ delle donne e delle persone appartenenti a minoranze sessuali vittime di persecuzione. Negli anni Novanta il dibattito tra gli studiosi, in particolare tra le giusfemministe¹⁰, e le prime pronunce giurisprudenziali negli ordinamenti di *common law* hanno finalmente spostato l'attenzione sulle categorie summenzionate e si è messo in moto un processo di estensione dell'ambito soggettivo della nozione di rifugiato. Nel 2001 l'UNHCR ha adottato le prime linee-guida sull'appartenenza ad un "determinato gruppo sociale" e l'anno successivo quelle sulla persecuzione di genere¹¹. Ne è derivata una crescente considerazione e applicazione da parte degli operatori giuridici interni, anche degli ordinamenti di *civil law*, delle categorie del genere, dell'orientamento sessuale e, più di recente, dell'identità di genere¹²

⁸ UNCHR, *Linee guida in materia di protezione internazionale "Appartenenza ad un determinato gruppo sociale" ai sensi dell'art. 1(A)2 della Convenzione del 1951 e/o al relativo Protocollo del 1967 sullo status dei rifugiati*, 2001. In argomento si rinvia a G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*, in part. p. 100 ss.

⁹ M. STEVENS, *Recognizing Gender-Specific Persecution: A Proposal to Add Gender as a Sixth Refugee Category*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, n. 3/2003, p. 179 ss.

¹⁰ A. EDWARDS, *Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2010, pp. 21-45; C. MARCHETTI, *I rifugiati: da eroi a profughi dell'emergenza*, in M.P. PATERNÒ (a cura di), *Questioni di confine. Riflessioni sulla convivenza giuridico-politica in una prospettiva multidisciplinare*, Napoli, 2014, p. 105 ss.; A. ZOLBERG, A. SUHRKE, S. AGUAYO (eds.), *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, Oxford, 1989.

¹¹ UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002. In dottrina, tra gli altri, J. FREEDMAN, *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Londra, 2007; B. PINELLI, *Migranti e rifugiate. Antropologia, genere e politica*, Milano, 2019.

¹² UNHCR, *Linee guida in materia di protezione internazionale n. 9: Domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere*

nella valutazione delle domande di asilo. Nondimeno, come è stato sottolineato, sussistono ancora dei vuoti nell'applicazione del regime di Ginevra alle categorie richiamate, in special modo quando ad essere coinvolte siano delle donne¹³, che subiscono sovente forme di persecuzione considerate tradizionalmente appartenenti alla sfera privata e, di conseguenza, non sindacabili dalle autorità statali (ad esempio la violenza domestica)¹⁴. E ciò malgrado a rilevare nel regime di Ginevra, ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, siano anche le persecuzioni e le discriminazioni agite da privati, quando lo Stato non abbia la volontà o la capacità di agire.

Ad ogni modo, non può essere sottostimata la portata degli sviluppi accennati, che hanno consentito di far ricadere nella nozione di "rifugiato" persone appartenenti a gruppi sociali inizialmente oggetto di scarsa attenzione. Tra l'altro, come è stato autorevolmente evidenziato, «The notion of social group ... possesses an element of open-endedness capable of expansion ... in favour of a variety of different classes susceptible to persecution»¹⁵. Tali sviluppi sono indicativi tra l'altro del dialogo multilivello tra diversi attori nazionali e internazionali (operatori giuridici interni, organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani, agenzie e altri organi delle Nazioni Unite e di altre O.O.I.I.), da cui deriva una contaminazione e talvolta un innalzamento degli standard di tutela. Si pensi alla definizione nell'ambito di alcuni sistemi regionali di forme di protezione complementari allo status di rifugia-

nell'ambito dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del suo Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati, 2012. In dottrina, tra gli altri, C. DANISI, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015; C. DANISI CARMELO, M. DUSTIN, N. FERREIRA, N. HELD, *Queering Asylum in Europe. Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Milano, 2021; T. SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, Abingdon, 2015; C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012.

¹³ M. FOSTER, *A Feminist Appraisal of International Refugee Law*, in C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (eds.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, 2021, p. 60 ss.; M. FOSTER, *Why We Are not There yet. The Particular Challenge of 'Particular Social Group'*, in E. ARBEL, C. DAUVERGNE E J. MILLBANK (EDS.), *Op. cit.*, pp. 17-45.

¹⁴ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*, p. 108.

¹⁵ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*, p. 102. Nell'ambito dell'appartenenza ad un determinato gruppo sociale sono state fatte ricadere anche le persecuzioni collegate alla disabilità e all'obiezione di coscienza. Sulla prima fattispecie si rinvia a CROCK ET. AL., *The Legal Protection of Refugees with Disabilities Forgotten and Invisible?*, Cheltenham, 2017 e bibliografia ivi citata; UNHCR, M. FOSTER, *The Ground with the Least Clarity: A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to 'Membership of a Particular Social Group'*, aprile 2012.

to, tra cui appare doveroso menzionare la protezione sussidiaria disciplinata dalla direttiva “qualifiche” dell’Unione europea¹⁶.

Altro merito della Convenzione di Ginevra è l’aver codificato per la prima volta il principio di *non-refoulement*, definito come il divieto di espellere o respingere, «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» (art. 33.1). Tale principio rappresenta «the cornerstone of asylum and of international refugee law»¹⁷. Nel corso del tempo anche il divieto di respingimento è andato incontro ad una significativa interpretazione estensiva sia da parte dell’UNHCR¹⁸ sia da parte degli organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani, in primis della Corte di Strasburgo¹⁹; ha dunque trovato applicazione non più solamente nei confronti dei rifugiati *stricto sensu*, bensì di qualunque persona a rischio di subire tortura e trattamenti e pene inumani e degradanti²⁰, da parte di agenti statali o non statali, ovunque lo Stato eserciti la propria giurisdizione²¹: vale a

¹⁶ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

¹⁷ UNHCR, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997.

¹⁸ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*, p. 241 ss.

¹⁹ In argomento si rinvia, tra gli altri, a M. DEN HEIJER, *Refoulement*, in A. NOLKAEEMPER, I. PLAKOKEFALOS, J. SCHECHINGER (eds.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, 2017, pp. 481-505; D. MOYA, G. MILIOS (eds.), *Aliens before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Leiden, 2021; A. SACCUCCI, *The protection from removal to unsafe countries under the ECHR: Not all that glitters is gold*, in *Questions of International Law*, n. 1/2014, pp. 265-286.

²⁰ E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 87-177; C.W. WOUTERS, *International legal standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Antwerpen, 2009.

²¹ P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell’uomo*, Torino, 2002. Cfr. anche M. GIUFFRÈ, *A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights*, in *Questions of International Law*, 2021.

dire non solamente nel territorio statale ma altresì alla frontiera – terrestre o marittima – e in alto mare²².

Inoltre, è doveroso evidenziare un ulteriore elemento di sviluppo rispetto al regime di Ginevra: il divieto di respingimento affermatosi nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani non è soggetto ai limiti posti dal par. 2 dell'art. 33 della suddetta Convenzione e trova garanzia anche in caso di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, essendo stato ricavato dal divieto di tortura, che costituisce uno dei diritti irrinunciabili di una società democratica²³. Di conseguenza non può essere ammesso nessun bilanciamento tra la tutela offerta all'individuo dal principio di *non-refoulement* e quella che dovrebbe essere assicurata alla comunità statale nel suo complesso.

3. *Il ruolo dell'UNHCR*

Merita un cenno anche l'espansione del ruolo dell'Alto commissariato per i rifugiati (*United Nations High Commissioner for Refugees*, UNHCR), in termini di capillarità geografica, mandato, attività svolte e beneficiari²⁴. Sia sufficiente rammentare in questa sede che l'UNHCR nasce come organo sussidiario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1950 – dunque è precedente alla Convenzione di Ginevra – con l'obiettivo di fornire una soluzione al problema dei rifugiati determinato dalla seconda guerra mondiale²⁵. Il mandato, inizialmente di durata triennale, viene prorogato periodicamente perché il suddetto organo possa intervenire nell'ambito di numerosi conflitti e crisi internazionali che si susseguono nel corso del XX sec. (Ungheria, Nord Africa in occasione della rivoluzione algerina, Africa subsaha-

²² UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007. Cfr. Anche Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, sulla quale si rinvia a A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di Diritto internazionale*, n. 2/2012, pp. 415-433, e bibliografia ivi indicata.

²³ Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06.

²⁴ J. CRISP, *Op. cit.*; G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*, p. 54 ss.

²⁵ Assemblea Generale, *Resolution 428 (V) of 14 december 1950. Statute of the office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, reperibile al link <https://www.unhcr.org/4d944e589.pdf>.

riana a partire dalla decolonizzazione, America Latina, Bangladesh, Indocina, Russia e Stati satellite in seguito alla dissoluzione dell'Unione Sovietica, Medio Oriente). Solo nel 2003 all'UNHCR è stato attribuito un mandato permanente per guidare e coordinare, a livello mondiale, la protezione dei rifugiati e le azioni necessarie per garantire il loro benessere. Oltre ad espandersi a livello territoriale, detta Agenzia ha visto ampliare il proprio ambito di azione ad ulteriori soggetti rispetto a quelli previsti dall'art. 1A della Convenzione di Ginevra: beneficiano attualmente dell'assistenza della stessa anche gli sfollati interni, gli apolidi, i richiedenti asilo e i rimpatriati²⁶.

Il ruolo dell'Agenzia varia da Stato in Stato. In Italia, in seguito alla modifica del d.lgs. 25/2008 per mezzo del d.lgs. 220/2017, l'UNHCR non siede più con un proprio membro nell'ambito delle commissioni territoriali per l'esame della domanda di protezione internazionale, essendo stato sostituito da un Esperto in materia di protezione internazionale e diritti umani, designato dalla stessa Agenzia ma con incarico del Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 4 comma 3 del d.lgs. 25/2008. L'Esperto contribuisce al processo decisionale partecipando direttamente e con diritto di voto al lavoro delle commissioni territoriali²⁷.

4. *Luci e ombre del regime di Ginevra*

Con il presente contributo si è voluto dar conto brevemente dell'evoluzione cui è andato incontro il regime internazionale di protezione dei rifugiati a partire dall'adozione della Convenzione di Ginevra del 1951, anche alla luce degli sviluppi registrati in altri ambiti, quali il diritto internazionale dei diritti umani. Seppure il suddetto trattato abbia ricevuto numerosi attacchi, soprattutto da parte dei governi occidentali, rimane indiscutibilmente uno strumento essenziale al fine di fornire assistenza e tutela agli attuali 82,4 milioni di persone «of concern to UNHCR»: 20,7 milioni di rifugiati; 48 milioni di sfollati interni; 4,1 milioni di richiedenti asilo (cui si aggiungono 5,7 milioni di rifugiati palestinesi sot-

²⁶ Si rammenta che tra le soluzioni durevoli previste dalla Convenzione, oltre all'integrazione nel paese di accoglienza e al trasferimento in uno stato terzo sicuro, vi è per l'appunto il rimpatrio nel paese di cittadinanza o di residenza abituale quando il rischio di persecuzione sia venuto meno. Cfr. UNHCR, *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato*, 1979. In argomento si rinvia a G. GOODWIN-GILL, J. MCDAM, *Op. cit.*, p. 545 ss.

²⁷<https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2021/08/call-for-expression-of-interest-August-2021-with-template.pdf>.

to il mandato dell'UNRWA e 3,9 milioni di cittadini venezuelani che seguono un regime *ad hoc*²⁸). Tra l'altro, è d'uopo evidenziare che il sistema internazionale di protezione dei rifugiati, di cui la Convenzione rappresenta il perno, esplica i propri effetti non solamente nei 144 Stati che l'hanno ratificata, ma anche in quelli che non ne sono Parte contraente ma che hanno accettato la presenza dell'UNHCR nel proprio territorio. Si pensi, solo per fare un esempio, al Libano che, malgrado non abbia ratificato la Convenzione, costituisce uno dei principali Paesi che accolgono rifugiati a livello mondiale e ha svolto tra l'altro un ruolo di primo piano con riguardo alla crisi siriana e all'esodo umano che ne è derivato²⁹.

È innegabile, ad ogni modo, che l'attuale scenario internazionale è caratterizzato da una maggiore complessità, sotto diversi profili, rispetto a quello in cui ha avuto origine il sistema sopra tratteggiato. Di conseguenza la Convenzione di Ginevra è chiamata a confrontarsi con nuove sfide, quali la natura mista delle migrazioni³⁰, gli spostamenti correlati a fenomeni ambientali o climatici³¹, il terrorismo internazionale, gli effetti della pandemia da Covid-19 e, di non minore rilievo, i tentativi da parte di diversi Stati Parti di rivederne al ribasso gli obblighi contemplati. Una parte della dottrina è dell'avviso che lo stesso processo che ha condotto all'adozione della Dichiarazione di New York e dei due Global Compact abbia prodotto risultati contrari a quelli auspicati. In particolare, il Global Compact sui rifugiati avrebbe contribuito ad affievolire i doveri statali nei confronti di tali soggetti (tra cui anche il principio di *non-refoulement*), senza d'altro canto prevedere obblighi più stringenti e misure concrete relativamente alla cooperazione internazionale e al *burden sharing*³².

²⁸ <https://www.unhcr.org/it/risorse/statistiche/>.

²⁹ *Protection without Ratification? International Refugee Law beyond States Parties to the 1951 Refugee Convention (BEYOND)*, <https://www.janmyr.org/beyond>.

³⁰ UNHCR, *Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action*, 2007.

³¹ UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, 2020. Sull'argomento sia consentito rinviare al nostro *Migrazioni connesse con disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico: sull'ordinanza n. 5022/2020 della Cassazione italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2021, pp. 521-533, e bibliografia ivi citata.

³² B.S. CHIMNI, *Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 4/2019, pp. 630-634. Più in generale sul tema C. CARLETTI, M. BORRACCETTI, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2018, pp. 7-46; F. FERRI, *I patti globali su migrazioni e rifugiati tra vecchie e nuove dinamiche multilivello: alcune considerazioni di natura giuridica*, in www.asgi.it, 1 aprile 2019; T. GAMMELTOFT-HANSEN, E. GUILD, V. MORENO-LAX, M. PANNIZZON, I. ROELE, *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the*

La condivisione delle responsabilità, infatti, vive una fase di profonda crisi, dovuta senz'altro anche all'emergenza pandemica da Covid-19, che ha acuito carenze e problematiche strutturali³³, tra cui quelle connesse alla scarsità di quote per il reinsediamento messe a disposizione dagli Stati. Se, in effetti, il 2016 aveva rappresentato un anno positivo sia in termini di rifugiati reinsediati che di Paesi coinvolti, da quel momento si è assistito ad una contrazione delle quote messe a disposizione ed altresì dei Paesi pronti a garantire accoglienza³⁴. Allo stato attuale, l'86% dei rifugiati si trova in Stati a basso e medio reddito, dove non sono garantiti l'accesso al lavoro e all'istruzione. Di queste persone almeno un milione e quattrocentomila necessiterebbe di essere trasferito altrove³⁵. Nondimeno, se nel 2016 erano 35 i Paesi che partecipavano al programma di reinsediamento dell'UNHCR, nel 2021 erano scesi a 22³⁶. Dunque, a fronte del costante incremento del numero di persone costrette ad abbandonare il Paese di origine, si è ridotta la disponibilità della Comunità internazionale a condividere la responsabilità e gli oneri, anche di natura economica, dell'accoglienza delle stesse o del sostegno degli Stati nei quali si trovano. Tra l'altro sta mutando l'approccio teorico al reinsediamento, che per l'UNHCR costituisce – e tale dovrebbe rimanere – uno strumento di solidarietà internazionale nei confronti degli Stati che accolgono rifugiati e di tutela di questi ultimi³⁷; mentre i governi vi guardano sempre più in termini di gestione delle migrazioni³⁸ e, più nello specifico, di prevenzione degli ingressi irregolari, co-

Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law Working Paper, 2017; V. TÜRK, M. GARLICK, *From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive Refugee Response Framework and a Global Compact on Refugees*, in *International Law Journal of Refugee Law*, n. 4/2016, pp. 656-678; D. VITIELLO, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 24 ottobre 2018.

³³ T.A. ALEINIKOFF, *The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, 2018, pp. 611-617; D. GHEZELBASH, N. FEITH TAN, *The End of the Right to Seek Asylum? COVID-19 and the Future of Refugee Protection*, *ivi*, n. 4/2020, pp. 668-679; *Human Mobility and Human Rights in the COVID-19 Pandemic: Principles of Protection for Migrants, Refugees, and Other Displaced Persons*, *ivi*, n. 3/2020, pp. 549-558.

³⁴ UNHCR, *Global Compact on Refugees indicator report*, 2021.

³⁵ UNHCR, *Projected Global Resettlement Needs 2022*, 2021.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ UNHCR, *Resettlement Handbook*, 2011; *Three-Year Strategy (2019-2021) on Resettlement and Complementary Pathways*, 2019.

³⁸ G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *Op. cit.*, p. 544.

me emerso anche nell'ambito del dibattito tra Commissione, Parlamento europeo e Stati membri in occasione dell'esame della proposta per un quadro europeo di reinsediamento³⁹.

5. Considerazioni conclusive

La breve analisi svolta si è focalizzata sulle luci e le ombre del sistema di protezione istituito nei primi anni Cinquanta del XX secolo dalla Convenzione di Ginevra. Tuttavia è di chiara evidenza che, al di là dei limiti sistemici, la tenuta del diritto dei rifugiati si scontra attualmente in primo luogo con le politiche securitarie degli Stati, in special modo di quelli del Nord del mondo. L'esternalizzazione dei controlli alle frontiere⁴⁰, le strategie di *pre-entrée*⁴¹, la cooperazione con i Paesi terzi – nelle modalità concrete in cui è condotta⁴² –, i respingimenti sistematici alle frontiere rendono illusorio il diritto alla protezione, dal momento che impediscono alle persone di fare ingresso negli Stati di rifugio. Ci troviamo in un mondo distopico di barriere materiali e immateriali, nel quale viene garantito *de jure* il diritto di «cercare asilo dalle persecuzioni» e di non essere respinti verso territori nei quali la propria vita e la propria incolumità fisica siano a rischio; ma nel quale non è consentito migrare legalmente, in assenza di canali di accesso protetto, e, sempre più sistematicamente, finanche di lasciare il proprio Paese. Tra l'altro stiamo assistendo alla criminalizzazione di chi attraversa le frontiere privo di autorizzazione non solamente da parte dei governi ma altresì della Corte di

³⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴⁰ S. CARRERA, A. P. LEONHARD DEN HERTOG, M. PANIZZON, D. KOSTAKOPOULOU, *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2019.

⁴¹ G. CATALDI, *Búsqueda y rescate: la necesidad de equilibrar el control de fronteras con las obligaciones en materia de derecho del mar y de los derechos humanos*, in *Revista española de derecho internacional*, n. 1/2020, pp. 197-204; T. GAMMELTOFT-HANSEN, N.F. TAN, *The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy*, in *Journal on Migration and Human Security*, n. 1/2017, pp. 28-56; E. PAPASTAVRIDIS, *Recent "Non-Entrée" Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of "Refoulement"?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2018, pp. 493-510.

⁴² A. LIGUORI, *Migration Law and the Externalization of Border Controls. European State Responsibility*, 2019.

Strasburgo, nella cui giurisprudenza⁴³ si sta affermando la preoccupante nozione di ‘condotta colpevole’ del migrante in relazione alle modalità di ingresso nel territorio statale di cui non possiede la cittadinanza⁴⁴.

C’è dunque poco da festeggiare, come sostenuto dall’Alto Commissario in carica in riferimento al settantesimo anniversario del testo pattizio⁴⁵. Un «uncomfortable birthday», poiché l’esistenza stessa dell’UNHCR dimostra quanto sia grave e pressante la questione dei rifugiati, se si pensa che ogni due secondi una persona è costretta a lasciare la propria casa, e quanto siano complesse le sfide che si pongono, tenuto anche conto della scarsa disposizione degli Stati economicamente avanzati a cooperare tra di loro e con l’Alto Commissariato. Al contempo, proprio le circostanze evidenziate dimostrano come sia ancora necessaria – forse ancor più che in passato – la Convenzione di Ginevra e quanto sia essenziale *difenderla* dagli attacchi di quegli Stati che vorrebbe affrancarsi da obblighi di protezione avvertiti come eccessivamente invasivi e pressanti rispetto alla propria sovranità in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione dei non cittadini, anche laddove si tratti di persone in fuga da guerre, persecuzione, violenza generalizzata ed altre gravi violazioni dei diritti umani.

⁴³ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.T. & N.D. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15; e più di recente, sentenza del 18 novembre 2021, *MH e altri c. Croazia*, ric. n. 15670/18 and 43115/18.

⁴⁴ In argomento, tra gli altri, cfr. A. BUFALINI, *Tra visti umanitari e respingimenti alla frontiera: si può ancora cercare asilo in Europa?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, maggio 2020; A. FAZZINI, *La sentenza N.D. e N.T. e il divieto di espulsioni collettive: una prova di equilibrio tra flessibilità, restrizioni e più di una contraddizione*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020; F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno “schiaffo” ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIblog*, 19 marzo 2020; E. ZANIBONI, *Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso N.T. e N.D.*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 3/2020, pp. 711-740.

⁴⁵ UNHCR’s 70th anniversary is no cause for celebration, 14 dicembre 2020.

LA CORTE EDU VALUTA IL “RISCHIO REALE” DEI TRASFERIMENTI TRA I PAESI DEL DUBLINO III

Patrizia Rinaldi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione di inammissibilità. – 3. Sulla violazione dell’art. 3 della CEDU. – 4. “Gente di Dublino”. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La vulnerabilità è un concetto giuridico di difficile misurazione che diventa labile nel contesto delle migrazioni. Ancora una volta la Corte di Strasburgo si trova ad esaminare le problematiche del Regolamento di Dublino sulle richieste di asilo interconnesse all’art. 3 della CEDU. I giudici della Corte EDU ritengono infondato il ricorso di M.T. nei confronti dei Paesi Bassi¹. Questi ultimi non hanno violato il citato art. 3 ed il trasferimento in Italia della richiedente non mette a rischio la protezione della sua vulnerabilità e quella delle sue bambine di 6 e 4 anni. A seguito della sentenza *Tarakbel c. Svizzera*², in Italia è stata sviluppata una procedura specifica relativa al trasferimento in Italia di richiedenti asilo vulnerabili. La Corte segue un percorso giurisprudenziale che si fonda sulle decisioni prodotte nei Paesi Bassi dal Consiglio di Stato (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*) dal 2015 al 2019. Con l’entrata in vigore del Decreto Salvini, la ricorrente M.T. aveva sostenuto che i richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, che devono essere trasferiti in Italia, non avrebbero avuto più accesso a luoghi di accoglienza adeguati. Tuttavia, il Consiglio di Stato olandese, con le cinque delibere, assicura che il trasferimento in Italia di richiedenti asilo con “moderata” vulnerabilità è conforme all’art. 3 CEDU.

Il caso, oggetto di questo studio, tratta di una madre di origine eritrea con due figlie minorenni, residente a Harderwijk, che richiede asilo nei Paesi

* Dottoressa di ricerca in *Migration Studies*, Institute for Migration Research dell’Università di Granada.

¹ Corte EDU, (Quarta Sezione), decisione sull’ammissibilità del 23 marzo 2021, *M.T. c. Paesi Bassi*, ric. n. 46595/19.

² Corte EDU, (Grande Camera), sentenza 4 novembre 2014, *Tarakbel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12.

Bassi, il 23 marzo del 2018. Le autorità olandesi, seguendo le indicazioni di Eurodac, constatarono che M.T. aveva già chiesto la protezione internazionale in Italia e, applicando il Regolamento (UE) n. 604/2013 (Dublino III)³, chiesero alle autorità italiane di riprendere in carica i richiedenti asilo. La controparte italiana accettò la richiesta olandese il 4 giugno 2018.

Il 5 luglio 2018 il Vice Ministro olandese della Giustizia e della Sicurezza (*Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*) decise di non esaminare la domanda di protezione internazionale. Il ricorso di M.T. contro questa decisione fu respinto dal tribunale regionale (Rechtbank) de L'Aia, con sede a Middelburg, il 23 agosto 2018. La ricorrente non presentò l'appello e dopo pochi giorni si rese irreperibile, impossibilitando il trasferimento in Italia.

Tuttavia M.T. presentò una seconda domanda di asilo nei Paesi Bassi già il 5 dicembre del 2018, motivando la sua richiesta con l'entrata in vigore in Italia del "Decreto Salvini". Il "Decreto Salvini", come noto, entrò in vigore il 5 ottobre 2018 e fu successivamente convertito in Legge n. 132/2018 del 4 dicembre 2018⁴. Questo modificò, tra l'altro, il Decreto Accoglienza in modo tale da rendere i richiedenti protezione internazionale – diversi dai minori non accompagnati – non ammissibili al collocamento nelle strutture della rete SPRAR (Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati), ridenominata SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati). La riformulazione dello SPRAR esclude da questo tipo di accoglienza i richiedenti asilo con l'effetto di aumentarne la vulnerabilità e spezzarne i percorsi di vita in Italia, condizionando la loro futura integrazione. I richiedenti protezione internazionale, (come M.T. e le sue figlie) non avrebbero più potuto accedere alle strutture di accoglienza di secondo grado.

Il Ministro della Giustizia e della Sicurezza olandese (*Minister van Justitie en Veiligheid*) decise il 23 maggio 2019 di non esaminare la domanda di asilo perché nel nuovo Decreto non c'erano i presupposti per mettere in dubbio il prin-

³ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

⁴ Conversione in legge, con modificazioni, del 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.

cipio di fiducia reciproca con l'Italia, trovando sostegno nella sentenza della sezione Amministrativa del Consiglio di Stato del 19 dicembre del 2018. La sentenza affermò che le modifiche apportate al sistema di accoglienza italiano garantivano la protezione dei soggetti vulnerabili. Il Ministro concluse che le relazioni sulla situazione in Italia presentate dalla ricorrente non costituivano una prova sufficiente a sostegno della sua affermazione circa l'esistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e delle condizioni di accoglienza.

M.T. ricorse in appello presso il Tribunale Regionale dell'Aia, sede di Haarlem, contro la decisione del Ministro, adducendo che la riforma legislativa in Italia non garantiva la protezione alle famiglie con minori; in aggiunta, a sua figlia minore, nata nel 2015 i medici olandesi avevano diagnosticato un soffio al cuore, che la esponeva ad una maggiore vulnerabilità. Il Tribunale Regionale rigettò di nuovo l'appello, confermando la fiducia nelle strutture italiane di accoglienza e cura.

Prima di fissare la data del trasferimento in Italia, il 2 luglio del 2019 M.T. ricorse al Consiglio di Stato olandese ed il suo appello venne respinto il 24 luglio dello stesso anno. M.T. presentò ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 5 settembre 2019, invocando una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

2. *La decisione di inammissibilità*

La Corte respinge il ricorso affermando che il trasferimento in Italia della richiedente asilo e delle sue figlie minori ai sensi del Regolamento Dublino III non comporta rischio per la vulnerabilità dei soggetti, anche alla luce delle recenti modifiche al regime di accoglienza italiano. Si affida dunque, al Regolamento Dublino III, entrato in vigore il 1° gennaio 2014, che stabilisce i criteri ed i meccanismi per determinare quale degli Stati membri è competente per l'esame delle domande di protezione internazionale introdotte nell'Unione europea. Il regolamento presume che tutti gli Stati membri siano "paesi sicuri" per i richiedenti asilo, basandosi sul principio della fiducia reciproca. In merito al caso M.T. la Corte EDU ritiene esaustiva la reciproca fiducia tra Paesi Bassi e Italia, sulla base della loro recente giurisprudenza interna.

Nello specifico, la Corte ribadisce i principi pertinenti dell'art. 3 della Convenzione, come stabilito in *Tarakbel c. Svizzera*, che includono la necessità che il maltrattamento raggiunga un livello minimo di gravità per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3. Il precario stato fisico può essere un elemento di vulnerabilità, l'art. 32 del Dublino III offre infatti le necessarie

garanzie ai richiedenti asilo con problemi di salute che vengono trasferiti allo Stato responsabile della domanda. Nel caso oggetto di questo commento, la Corte EDU non dubita che le autorità olandesi forniscano i referti medici necessari alle adeguate cure della minore in Italia. Viene fatto riferimento alle Circolari delle Autorità italiane, emanate in data 8 giugno 2015, 15 febbraio 2016, 12 ottobre 2016 e 4 luglio 2018, in cui sono state individuate diverse sedi SPRAR idonee all'accoglienza di richiedenti asilo vulnerabili, comprese le famiglie con figli minori, donne in stato di gravidanza, minorenni e soggetti con precario stato di salute. Nelle decisioni del Consiglio di Stato, la Segreteria di Stato si deve avvalere delle garanzie fornite dalle autorità italiane in queste Circolari, in particolare il fatto che le famiglie con figli minori saranno ospitate in uno delle elencate località SPRAR.

3. Sulla violazione dell'art. 3 della CEDU

Dalla giurisprudenza della Corte EDU si evince che nessuno Stato possa espellere o trasferire una persona in un altro Stato «se vi sono fondati motivi per ritenere che correrebbe il rischio di essere sottoposto a tortura», basandosi sulla violazione dell'art.3 CEDU. Così come il test del “fondato timore” (*well-founded fear of persecution*) ha generato una notevole letteratura⁵, il test del “rischio reale” ha stimolato l'analisi su numerose questioni: se vi sia un elemento soggettivo o puramente oggettivo, se la soglia probatoria debba variare a seconda della gravità del danno, e con quale precisione dovrebbe essere inquadrato lo standard pertinente di probabilità del danno. La Corte di Strasburgo si è pronunciata sull'inammissibilità del caso *A.M.E. c. Paesi Bassi*⁶, che non prevedeva la vulnerabilità familiare del caso *Tarakhel* e nemmeno le deficienze del sistema di accoglienza greco rilevate nella Sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁷.

⁵ J. VRACHNAS, M. BAGARIC, P. DIMOPOULOS, A. PATHINAVAKE, *Well-founded fear of persecution*, in J. VRACHNAS, M. BAGARIC (a cura di), *Migration and Refugee Law: Principle and Practice in Australia*, Cambridge, 2011, pp. 257-269; A. ANDERSON, M. FOSTER, H. LAMBERT, J. MCADAM, *Imminence in Refugee and Human Rights Law: A Misplaced Notion for International Protection in International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, January 2019, pp. 111-140; M. GRUNDLER, “Testing the “Well-Founded Fear of Persecution”: Changes Incompatible with Refugee Law in RLI, *Working Papers*, April 2021.

⁶ Corte EDU, (Terza Sezione), sentenza 13 gennaio 2015, *A.M.E. c. Paesi Bassi*, ric. n. 51418/10.

⁷ Corte EDU, (Grande Camera), sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09.

Nella misura in cui c'è un'ulteriore aggiunta al significato di rischio reale, troviamo la nozione di "prevedibilità": la capacità di prevedere come il danno del timore fondato possa pregiudicare la vita futura dei soggetti coinvolti. La Corte EDU, ad esempio, sostiene che gli eventi del passato recente possono far luce sui fatti presenti e "prevedere" quelli futuri, ma il suo giudizio si basa sulle circostanze attuali. Spesso, ma non sempre, questa formulazione è accompagnata dalla dichiarazione della Corte EDU di effettuare una valutazione *ex nunc* ("d'ora in poi"). Nel caso qui in esame la Corte decide che le informazioni che i Paesi Bassi hanno ricevuto dalle autorità italiane descrivono la situazione attuale delle strutture di accoglienza come conformi agli standard richiesti. La valutazione *ex nunc* si applica anche al percorso legislativo compiuto dall'Italia dopo la sentenza Tarakhel.

4. "Gente di Dublino"

La sentenza *Tarakhel c. Svizzera* divenne famosa grazie all'attenzione da parte dei media e alcuni affermarono che avrebbe significato «la fine del sistema di Dublino»⁸.

Citando la menzionata sentenza *Tarakhel c. Svizzera* la Corte si pronuncia sulla valutazione "relativa" del livello minimo di gravità; questo livello dipende da tutte le circostanze del caso, in particolare dalla durata del trattamento subito e dai suoi effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima.

Il caso Tarakhel trattava di una famiglia afgana, con tre figli minori, stabilitisi a Losanna in Svizzera, che ricorse alla Corte EDU per impedire il trasferimento in Italia, per le "carenze sistematiche" del sistema di accoglienza italiano che non avrebbe garantito le necessarie cure e tutela. Sulla decisione della Corte pesò la discrepanza tra il numero delle domande di asilo (14.000) ed i posti disponibili (9.630) nel 2013. La Corte ritenne la famiglia afgana "particolarmente svantaggiata e vulnerabile", in quanto aveva bisogno di "protezione speciale", che il sistema di accoglienza italiano non offriva. La sentenza ha sottolineato il rischio reale generato dalla vulnerabilità particolare del soggetto specifico, anche "in assenza e a prescindere" da una situazione di carenza sistemica nello stato membro di destinazione del trasferimento Dublino.

⁸ F. MASTROMARINO, *Verso la delegittimazione del Sistema Dublino? (A margine di Corte EDU, Tarakhel c. Svizzera)*, in *Diritti Comparati*, 22 dicembre 2014.

In merito a un possibile trasferimento da uno “Stato di Dublino” a un altro, è emersa un’altra importante questione: come scrisse la Corte, il sistema di Dublino si basa sulla presunzione che tutti gli Stati partecipanti rispettino i propri obblighi in materia di diritti umani ai sensi della Convenzione. Tuttavia, questa presunzione può essere confutata e, in tal caso, gli Stati hanno l’obbligo derivante dalla Convenzione di applicare la c.d. clausola di sovranità di Dublino e sospendere i trasferimenti in questione. Questo è stato il caso di *M.S.S. v. Belgio e Grecia*, dove la Corte ha riscontrato carenze sistemiche nel sistema di asilo greco e ha vietato il trasferimento del richiedente verso quel paese.

Nella *Sentenza M.S.S. c. Belgio e Grecia* il richiedente era un cittadino afgano, entrato nell’UE attraverso la Grecia prima di arrivare in Belgio, dove aveva chiesto asilo. Riguardo al trasferimento del ricorrente dal Belgio alla Grecia, la Corte ha ritenuto che le autorità belghe dovevano essere a conoscenza delle carenze nella procedura di asilo in Grecia. La Corte EDU ritiene fondata la violazione dell’art. 3 della Convenzione perché le autorità belghe non avrebbero dovuto semplicemente presumere che il ricorrente sarebbe stato trattato in conformità con le norme della Convenzione, ma avrebbero dovuto verificare come le autorità greche applicassero concretamente la loro legislazione in materia di asilo; ma non lo avevano fatto. Verificare, quindi, la misura del rischio reale del danno di trattamento inumano e degradante.

Il caso in oggetto ribadisce la fiducia mutua tra Paesi Bassi e Italia. Infatti secondo la legislazione olandese (sezione 30(1) dell’*Aliens Act 2000*) le autorità competenti prenderanno in considerazione l’esame delle domande di asilo solo se ci sono fondati vizi sistemici nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato, che comportino un rischio di trattamento inumano o degradante ai sensi dell’art. 3 della Convenzione e art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Nel caso *M.T.* l’Italia ha fornito garanzie di conformità delle strutture di accoglienza. Infatti dalla sentenza *Tarakhel* in poi le autorità italiane hanno fornito assicurazioni in merito alla protezione di famiglie in stato di vulnerabilità. Lo stesso principio soddisfattorio viene ribadito anche nei casi *N.A. et Altri c. Danimarca*⁹, e *F.M. et Altri c. Danimarca*¹⁰, ritenuti inammissibili dalla Corte.

⁹ Corte EDU, (Seconza Sezione), sentenza 28 giugno 2016, *N.A. et Altri c. Danimarca*, ric. n. 15636/16.

¹⁰ Corte EDU, (Seconza Sezione), sentenza 13 settembre 2016, *F.M. et Altri c. Danimarca*, ric. n. 20159/16.

In entrambi i casi parliamo di madre sole con figli minori, somala la prima e iraniana la seconda, che si appellano all'art. 3, sulla scia della sentenza *Tarakhel* per non essere trasferite in Italia. Tuttavia, per la Corte non vengono provati i due criteri chiave della sentenza *Tarakhel*:

a. la sicurezza del sistema di accoglienza di un paese membro è confutabile;

b. la evidente "particolare vulnerabilità" della famiglia in oggetto anche se il sistema italiano di asilo non era "collassato" in maniera paragonabile alla situazione greca.

Inoltre, il nuovo Decreto, n. 130/2020, entrato in vigore il 22 ottobre 2020 (Legge n.173/2020 del 20 dicembre 2020), ha apportato ulteriori modifiche al "Decreto accoglienza" (Decreto Legislativo n. 142/2015). Il nuovo decreto ha dissipato i dubbi sorti in seno alla comunità internazionale sul "Decreto Salvini", offrendo un sistema binario per i gruppi "vulnerabili" (art. 17), questi vengono trasferiti in via prioritaria alle strutture SAI (Sistema di accoglienza e integrazione), garantendo loro cure adeguate.

La controparte olandese ritenne che le lettere circolari prodotte dall'Unità Dublino del Ministero degli Interni inviate del 8 giugno 2015 all'8 febbraio 2021 alle Unità Dublino di tutti gli Stati vincolati dal Regolamento Dublino offrirono garanzie sufficienti alla protezione dei gruppi vulnerabili. La reiterata fiducia tra due paesi membri (*mutual trust*) segue una tendenza nel ragionamento della Corte che può essere descritta come una svolta procedurale: concentrarsi sulla qualità dei processi decisionali nazionali piuttosto che sull'accuratezza sostanziale delle decisioni prese a livello dei singoli paesi (*Ilias e Ahmed c. Ungheria*)¹¹.

5. Conclusioni

La Corte EDU aveva differenziato la sentenza *Tarakhel* da quella *M.S.S.*, stabilendo che un divieto generale di rimpatrio in Italia, anche se limitato alle famiglie con bambini piccoli, era ingiustificato. Ritenne invece che le circostanze del caso richiedessero alle autorità svizzere di ottenere specifiche assicurazioni dai loro omologhi italiani che, all'arrivo, la famiglia non sarebbe stata separata e sarebbe stata accolta in strutture adeguate all'età dei bambini. Nel caso *M.T. c. Paesi Bassi* qui esaminato, le questioni centrali consistevano

¹¹ Corte EDU, (Grande Camera), sentenza 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

vano nell'accertare se le circostanze del caso rispondessero alla soglia minima di gravità richiesta e se l'Italia fornisse le adeguate garanzie ed informazioni ai Paesi Bassi.

La nozione di prevedibilità del rischio reale è stata utilizzata in questa ricerca, oltre per il caso M.T., e per altri tre casi del nostro studio, la Corte EDU ha fondato le sue decisioni sull'assenza di un rischio reale ed imminente per respingere i ricorsi, basando le sue decisioni sulla gravità del danno e sulla prevedibilità/probabilità come elementi chiave nell'interpretazione del diritto dell'Unione in materia di protezione.

REATO DI CLANDESTINITÀ
E DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE:
I POSSIBILI INCROCI TRA RITO PENALE E PROCEDURA D'ASILO
Nota a Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2021, n. 27353

Elena Valentini*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. – 2. Una disciplina poco chiara. – 3. Il contenuto della decisione. – 4. Conclusioni.

1. *La vicenda processuale*

La sentenza a cui si riferisce questo breve commento investe i rapporti tra la possibile incriminazione per il reato di cui all'art. 10 *bis* T.U.I. e l'eventuale presentazione di una richiesta di protezione internazionale.

Malgrado l'importanza della questione, colpisce la scarsità di precedenti giurisprudenziali sul tema; il che rende tanto più interessante questa pronuncia di legittimità.

Nel caso specifico, l'imputata si era recata presso la questura di Rovigo per presentare richiesta di protezione internazionale, ma era stata contestualmente denunciata per essersi trattenuta in Italia senza averne titolo. Omettendo di verificare se la procedura intesa al riconoscimento dello *status* di rifugiata fosse andata a buon fine, il pubblico ministero esercitava l'azione penale per il reato di cui all'art. 10 *bis* T.U.I.; il rito penale approdava dunque al dibattimento, apertosi il 14 novembre 2019; sebbene le parti si fossero accordate per far acquisire al fascicolo dibattimentale la relazione di servizio della polizia giudiziaria da cui risultava la contestuale pendenza della procedura di asilo, il giudizio si concludeva con un proscioglimento per particolare tenuità del fatto. E questo benché, nel frattempo (il 20 marzo 2019) all'imputata fosse stato riconosciuto lo *status* di rifugiata.

La difesa presentava ricorso per cassazione, lamentando una violazione di legge con riferimento alla disciplina di cui all'art. 10 *bis*, comma 6, T.U.I., che avrebbe imposto la sospensione del procedimento penale e, preso atto del riconoscimento della protezione internazionale all'imputata, la conseguente pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere.

* Professoressa associata di procedura penale, Università di Bologna.

In accoglimento del ricorso, la Suprema Corte ha annullato senza rinvio la sentenza del Giudice di pace, «perché l'azione penale non poteva essere proposta e proseguita», conformemente a quanto stabilito dall'art. 10 *bis* comma 6 TUI, che, per il caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale, oltre a disporre la sospensione del procedimento penale in attesa che si definisca la procedura di asilo, stabilisce altresì che, ove quest'ultima vada a buon fine¹, il giudice penale pronunci sentenza di non luogo a procedere.

2. *Una disciplina poco chiara*

Assegnando rilevanza penale all'ingresso e alla permanenza illeciti sul territorio italiano, il legislatore del 2009 ha allargato l'ambito operativo della cosiddetta *crimmigration*, rinnegando la scelta – originariamente sposata nel 1998 – che aveva inteso riservare l'intervento penalistico a condotte successive, idonee a rappresentare un maggior grado di “resistenza” dello straniero al rispetto della disciplina amministrativa concernente l'entrata e il soggiorno in Italia².

Come noto, tale incriminazione è pletorica, andando a colpire i medesimi destinatari dell'espulsione prefettizia regolamentata dall'art. 13 comma 2, lett. *a*) e *b*) TUI, che a sua volta identifica la risposta amministrativa – rispettivamente – all'ingresso e alla permanenza abusivi nel territorio nazionale³.

¹ A tale ipotesi la disposizione affianca anche il rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, nonché nelle ipotesi di cui agli articoli 18, 18 *bis*, 20 *bis*, 22, comma 12 *quater*, 42 *bis* TUI e nelle ipotesi di cui all'articolo 10 della legge 7 aprile 2017, n. 47.

² Tale fattispecie sanziona direttamente la clandestinità, mentre per i reati di illecito ingresso e di inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento (già puniti da tempo) «l'irregolarità della presenza non rileva di per sé, ma come risultato della violazione dell'ordine di espulsione» (così M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 319). Sul punto, fra gli altri, v. altresì M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, in *Questione giustizia*, n. 1/2009, p. 119.

³ Oltre che dalla scelta di non dar corso a una depenalizzazione già “prevista” dall'art. 2, co. 3, lett. *b*) della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, la natura squisitamente simbolica e propagandistica di questa fattispecie si coglie, fra l'altro, considerando la natura della pena ad essa associata (una sanzione pecuniaria che va ad attingere individui spesso indigenti) e la possibilità di sostituire tale sanzione (stabilita dal primo comma dell'art. 10 *bis*) con la misura dell'espulsione coattiva (ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 16, comma 1, e d.lgs. n. 274 del

In forza di questa sovrapposizione di conseguenze – penali e amministrative – il sistema ci consegna dunque la possibile (e normativamente fisiologica) coesistenza di due procedimenti paralleli. Proprio per tale ragione, l'art. 10 *bis* TUI si fa carico di regolare i rapporti del procedimento penale tanto con la possibile adozione di un provvedimento espulsivo quanto con l'eventuale proposizione di una richiesta di protezione internazionale (e il relativo accoglimento).

La prima eventualità è affrontata dai commi 4 e 5 del citato art. 10 *bis* TUI (il cui tenore è pedissequamente riproposto dai commi 5 *sexies* e 5 *septies* dell'art. 14 TUI per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato). A norma del primo precetto, e in deroga a quanto stabilito in via generale dall'art. 13 commi 3 ss. TUI, per poter eseguire l'espulsione dello straniero denunciato per il "reato di clandestinità" non è richiesto il rilascio del nulla osta dell'autorità giudiziaria competente. In tal caso, il questore comunica a quest'ultima l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento differito⁴. Stando al comma 5, il giudice, acquisita la notizia dell'avvenuto allontanamento dello straniero dai confini nazionali, pronuncia sentenza di non luogo a procedere; se poi quest'ultimo «rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale»⁵.

La proposizione di una richiesta di protezione internazionale è invece contemplata dal successivo comma 6 dell'art. 10 *bis*, che stabilisce la sospensione del procedimento penale. La sospensione è dunque menzionata solo da questo precetto, ma non anche nei due commi precedenti dell'art. 10 *bis* T.U.I., con una differenza che si spiega alla luce della natura immediatamente esecutiva dell'espulsione (come pure di un eventuale respingimento differito), che, come noto, può attuarsi anche prima di diventare irrevocabile.

2000, art. 62 *bis*), espulsione che però sulla carta già risulterebbe "assicurata", appunto, dalla disciplina di cui al secondo comma (lett. *a* e *b*) dell'art. 13 TUI.

⁴ Il più rilevante tratto di specialità rispetto alla disciplina generale è dunque dato dall'assenza della necessità di nulla osta all'espulsione (nulla osta che peraltro, stando all'art. 13 comma 3 TUI, può perfezionarsi nella forma di un silenzio-assenso, una volta decorsi sette giorni dalla richiesta del questore).

⁵ A sua volta, tale ultima disposizione regola l'ipotesi della sopravvenienza di una condizione di procedibilità (come pure il caso in cui sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a norma dell'articolo 72 *bis* c.p.p., e successivamente lo stato di incapacità dell'imputato viene meno o si accerta che è stato erroneamente dichiarato), assicurando la possibilità di riaprire il procedimento penale.

Rispetto ad entrambe le eventualità – e dunque in rapporto tanto all'intervenuta espulsione quanto al riconoscimento della protezione internazionale – l'aspetto problematico della disciplina descritta dai commi 5 e 6 dell'art. 10 *bis* TUI è dato dal fatto che essi si riferiscono all'emissione di una sentenza di non luogo a procedere: e dunque di un provvedimento che può esser pronunciato nella sola fase dell'udienza preliminare, e non oltre. Senonché, tale fase è del tutto sconosciuta al rito che si celebra dinanzi al giudice di pace, organo cui è assegnata la competenza per materia in ordine al "reato di clandestinità".

In proposito, la sensazione è che il legislatore abbia menzionato l'istituto di cui all'art. 425 c.p.p. sulla falsariga di quanto già previsto dal comma 3 *quater* dell'art. 13 TUI, che, per il caso in cui il provvedimento espulsivo disposto dall'autorità amministrativa trovi concreta esecuzione nella pendenza del procedimento penale, prescrive l'aborto di quest'ultimo solo ove non sia stata ancora superata l'udienza preliminare⁶. La disciplina generale stabilita dall'art. 13 comma 3 *quater* TUI è chiara nel confinare l'operatività della sentenza di non luogo a procedere a questa sola fase del rito, essendo tale approdo consentito nei casi in cui non sia «ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio»⁷. Non così, viceversa, per il comma 5 dell'art. 10 *bis* (identico al comma 5 *septies* dell'art. 14), che, pur menzionando un provvedimento (la sentenza *ex art.* 425 c.p.p.) tipico della sola udienza preliminare, non esplicita questa preclusione.

⁶ Negli altri casi, come noto, il processo prosegue, nonostante l'intervenuta esecuzione dell'espulsione dell'imputato, che potrà eventualmente ottenere l'autorizzazione al rientro secondo la disciplina descritta dall'art. 17 TUI.

⁷ Come noto, oltre ad essere stata oggetto di un'interpretazione estensiva, intesa innanzitutto ad accordare al pubblico ministero la possibilità di chiedere e ottenere l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere anche nella fase delle indagini preliminari, e dunque prima dell'esercizio dell'azione penale (Cass. pen., sez. V, sentenza del 19 luglio 2016, n. 267697, P.M. in proc. Terik, in *C.E.D. Cass.*), questo sbarramento ha da poco posto le premesse per una declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 13, comma 3 *quater*, TUI, intervenuta con la sentenza n. 270/2019, che ha riconosciuto la possibilità, in capo al giudice del dibattimento, di prendere atto – con una sentenza di non luogo a procedere – dell'espulsione concretamente eseguita prima dell'esercizio dell'azione penale con le forme del decreto di citazione diretta a giudizio.

3. *Il contenuto della decisione*

La decisione qui annotata si fonda sulla valorizzazione del richiamo all'art. 345 c.p.p. – assente dal sesto comma dell'art. 10 *bis* ma presente nel quinto (a proposito dell'intervenuta esecuzione dell'espulsione disposta dall'autorità amministrativa⁸) – da cui la Cassazione ricava l'esistenza di una causa negativa di procedibilità nel riconoscimento della protezione internazionale.

Nel farlo, la pronuncia riprende quanto già affermato in una precedente decisione di legittimità (del 2019), che – sia pure rispetto alla fattispecie dell'intervenuta esecuzione dell'espulsione, e relativamente al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore – aveva sposato una lettura volta ad ampliare l'ambito operativo della possibilità di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere, così da renderne possibile l'applicazione anche oltre i confini dell'udienza preliminare (fase che appunto non si celebra dinanzi al giudice di pace)⁹.

Entrambe le pronunce – sia quella in commento, concernente i rapporti tra il rito penale e la procedura di asilo, sia quella del 2019, riguardante i rapporti tra il procedimento penale e l'eventuale esecuzione di un provvedimento espulsivo – muovono dall'evidente svista del legislatore, che avrebbe impropriamente fatto ricorso all'espressione «sentenza di non luogo a procedere» anziché riferirsi (più genericamente) alla presa d'atto dell'insussistenza di una condizione di procedibilità.

Nel caso della pronuncia del 2019, che ha affermato la possibilità di riscontrare l'intervenuta esecuzione dell'espulsione quale causa negativa di procedibilità anche nella fase del giudizio, la soluzione risulta equilibrata. A sostegno della propria tesi, la Corte ha fatto leva anche sulle specificità del

⁸ Nel senso che l'obbligo di immediata declaratoria di non luogo a procedere, ai sensi dell'articolo 13, comma 3 *quater*, TUI, sussiste «esclusivamente nei casi espressamente richiamati nella norma, con esclusione, pertanto, dell'espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione di cui al successivo art. 16 del medesimo decreto», v. Cass. pen., Sez. II, sentenza del 17 giugno 2019, n. 277036, PMT C/ Sahnouni Mostafa, in *C.E.D. Cass.*

⁹ Si tratta di Cass. pen., Sez. I, sentenza del 29 aprile 2019, n. 276145, Lofti Issam, in *C.E.D. Cass.*, secondo cui, nel caso di avvenuta espulsione dello straniero, la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere relativamente ai reati di cui ai commi 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14 TUI, «lungi dal potere essere applicata in via esclusiva alla sola udienza preliminare, va riferita anche alla successiva fase del giudizio».

rito dinanzi al giudice di pace penale (cui è affidata la competenza a conoscere tanto il reato di clandestinità quanto quello di inottemperanza all'ordine di allontanamento), che appunto non prevede (in nessun caso) la celebrazione dell'udienza preliminare. Questo argomento – fondato sull'esigenza di assegnare concreta operatività al comma 5 *septies* dell'art. 14 (il cui contenuto è in tutto e per tutto analogo al comma 5 dell'art. 10 *bis* TUI) – ha indotto la Cassazione ad assecondare la natura dell'incriminazione di cui all'art. 14 comma 5 *ter* TUI (che, similmente a quella di cui all'art. 10 *bis* TUI, risulta ancillare all'esecuzione del rimpatrio), portandola a sposare un'esegesi correttiva, che intende il riferimento alla «sentenza di non luogo a procedere» racchiusa nelle due disposizioni come frutto di una disattenzione. Tale esegesi – preclusa rispetto alla disciplina generale stabilita dai commi 3 e seguenti dell'art. 13 TUI, che serra la strada alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere una volta «emesso il provvedimento che dispone il giudizio» – si presta infatti ad essere sostenuta rispetto al contenuto dei commi 5 dell'art. 10 *bis* e 5 *septies* dell'art. 14 TUI, che non menzionano tale barriera.

Tuttavia, e contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza in esame, le distinte situazioni considerate nelle due diverse pronunce – l'intervenuta espulsione (considerata dal precedente del 2019) e l'intervenuto riconoscimento dello *status* di rifugiato (oggetto della sentenza qui annotata) – non sembrano realmente omologabili fra loro.

Premesso che il legislatore ha in effetti “trasferito” in modo maldestro nel comma 6 dell'art. 10 *bis* TUI il riferimento alla sentenza *ex* art. 425 c.p.p. racchiuso nel comma 3 *quater* dell'art. 13 TUI, deve ritenersi che la sentenza di non luogo a procedere menzionata dalla prima disposizione fotografata non la carenza di una condizione di procedibilità, quanto piuttosto l'insussistenza degli elementi costitutivi del reato di clandestinità (o, a tutto voler concedere, la presenza di una scriminante, riconducibile nell'esercizio del diritto¹⁰ o nello stato di necessità); sulla scorta di ciò, il contenuto della sentenza che conclude il processo deve quindi essere assolutorio, e non meramente processuale (così come invece ritenuto dalla Cassazione nella sentenza qui in

¹⁰ Rispetto alla fattispecie (diversa ma analoga ai nostri fini, trattandosi comunque di esercizio di un diritto) dell'ingresso nel territorio nazionale per contrarre matrimonio con cittadino italiano, vedi Cass. pen., Sez. I, sentenza del 24 giugno 2013, n. 256995, Abazi, in *C.E.D. Cass.*, secondo cui «la condotta di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non costituisce reato quando lo straniero, sprovvisto di documenti validi, è entrato nel territorio nazionale per contrarre matrimonio con cittadino italiano, ricorrendo in tal caso l'esimente dell'esercizio di un diritto».

commento), quantomeno in tutti i casi in cui le condizioni per il riconoscimento della protezione preesistano all'ingresso o al soggiorno nel territorio dello Stato avvenuti senza il rispetto della disciplina amministrativa.

Pur essendo regolata in modo affatto peculiare – con alcuni tratti di analogia rispetto all'ipotesi di sospensione del rito penale descritta dal capoverso dell'art. 371 *bis* c.p. – la sospensione *ope legis* del procedimento stabilita dal sesto comma dell'art. 10 *bis* TUI partecipa di una *ratio* analoga a quella fondante l'art. 3 e, in particolare, l'art. 479 c.p.p., che contempla la possibile sospensione del processo penale in attesa che venga definita una questione civile o amministrativa, pregiudiziale, in grado di incidere sulla configurabilità stessa del reato oggetto di accertamento. Del tutto similmente, la sospensione *ex art. 10 bis* comma 6 TUI – obbligatoria, automatica e operativa sin dalla fase delle indagini preliminari – è funzionale alla definizione della procedura d'asilo, che, una volta conclusasi in senso positivo, non potrà che comportare un'assoluzione nel merito per il reato di clandestinità (o, ancor prima, un'archiviazione per infondatezza della notizia di reato).

4. Conclusioni

Nel caso in esame, quindi, secondo chi scrive la Cassazione avrebbe dovuto orientarsi per un'assoluzione, e non pronunciare una sentenza di non luogo a procedere per carenza di una condizione di procedibilità.

Peraltro, ci si dovrebbe domandare anche se, nella vicenda specifica, potessero comunque ritenersi sussistenti gli estremi per iscrivere la notizia di reato; e dunque se, lungi dal dover essere semplicemente sospeso, il procedimento penale non avrebbe neppure dovuto sorgere. Infatti, pur chiarendo che la denuncia per il reato di cui all'art. 10 *bis* TUI era scattata contestualmente alla presentazione dell'imputata in questura per formulare domanda di protezione internazionale, la pronuncia non si diffonde affatto su questo aspetto: evidentemente, la Cassazione ha ritenuto che tale profilo (pregiudiziale) non fosse controverso.

Tuttavia, la questione sussiste, e avrebbe meritato di essere approfondita. Infatti, e così come descritto in una pronuncia del Tribunale di Ravenna del 2017 (una fra le rare decisioni edite occupatesi compiutamente della questione), nell'ipotesi in cui la formalizzazione della *notitia criminis* in ordine al reato di cui all'art. 10 *bis* avvenga contestualmente alla presentazione della domanda di protezione internazionale, «non può ritenersi configurata la contravvenzione in esame per mancanza dei suoi elementi costitutivi, tenuto

conto che la permanenza sul territorio nazionale resta, comunque, correlata alla conoscenza dell'esito della domanda di protezione»¹¹.

Stando a questa impostazione, la sospensione del procedimento prescritta dal sesto comma dell'art. 10 *bis* TUI dovrebbe operare solo ove la presentazione della domanda di protezione sia successiva (e non precedente o contestuale) alla formalizzazione della notizia di reato; secondo alcuni, tale formalizzazione dovrebbe addirittura essere preceduta dall'emissione di un provvedimento espulsivo da parte dell'autorità amministrativa¹². Negli altri casi (tra cui quello affrontato dalla sentenza in esame), la contravvenzione non sarebbe neppure astrattamente configurabile, potendo la sua sussistenza ipotizzarsi solo una volta decorso il termine per impugnare il diniego dell'asilo, con conseguente irrivalenza della sua eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato¹³. Né dovrebbe assumere rilevanza il tempo decorso dall'intervenuto ingresso nel territorio nazionale eventualmente senza titolo, posta la natura ricognitiva e non costitutiva della decisione sulla concessione dello *status* di rifugiato.

¹¹ Il virgolettato è tratto da Giudice di Pace di Ravenna, 10 marzo 2017, n. 149, che si può leggere in www.meltingpot.org, e secondo cui, diversamente ragionando, la presentazione di una richiesta di asilo finirebbe oltretutto per tradursi in una sorta di autodenuncia alla pubblica autorità. Sul punto, v. il contenuto dell'art. 7 d. lgs. n. 25/2008.

¹² In questo senso P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4/2009, p. 101 ss. Secondo chi scrive, però, sul piano astratto nulla vieterebbe al giudice penale di riscontrare la sussistenza del reato indipendentemente da un precedente atto amministrativo (del prefetto o del questore) che certifichi l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, ben potendo il giudice decidere (incidentalmente, e senza alcuna efficacia extrapenale) su questioni civili o amministrative rilevanti per l'accertamento del reato.

¹³ Sul punto, v. fra gli altri P. MOROZZO DELLA ROCCA, *InesPELLibilità e regolarizzazione dello straniero presente sul territorio nazionale*, in ID. (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza, Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali. Aggiornamento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica"*, Torino, 2009, p. 174. Secondo C. RENOLDI (*I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4/2009, p. 43 s.), «la situazione di inesPELLibilità facoltizza comunque, rendendola "regolare", la presenza nel territorio dello Stato».

VIOLENZA SULLE DONNE E PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Anna Lazzaro*

SOMMARIO: 1. Donne e protezione internazionale. – 2. La corretta valutazione dei fatti secondo la decisione della Cassazione. – 3. Un articolato quadro normativo. – 4. La persistenza del pregiudizio di genere nella giurisprudenza di merito.

1. *Donne e protezione internazionale*

La Cassazione è intervenuta con l'ordinanza 4 gennaio 2021, n. 10 (Sez. Lav.) avverso una sentenza della Corte d'Appello di Bologna del 19 giugno 2019. La Suprema Corte ha accolto i motivi della ricorrente e rinviato a diversa composizione della Corte territoriale per una nuova decisione. Nella sentenza della Corte d'Appello veniva rigettata la domanda di protezione internazionale presentata da una cittadina nigeriana, e veniva riformata la decisione di primo grado con cui era stato riconosciuto lo status di rifugiata; in quest'ultima decisione si era dichiarata la sussistenza dei presupposti stabiliti dall'art. 2 del d.lgs. 251/2007, cioè il timore di persecuzioni dirette e personali, in quanto era stato ritenuto che la cittadina era giunta in Italia per sfuggire alla tratta per prostituzione, ricorrendo pertanto un grave pregiudizio in caso di ritorno nel Paese di origine¹.

Ma la Corte d'Appello escludeva la credibilità della donna in assenza del documento d'identità e riteneva contraddittoria la vicenda narrata (fuga dai trafficanti in Libia e approdo in Italia senza pagare nulla)². Essa in particolare, adduceva che non era stato chiarito se ci fosse stata l'effettiva costrizione all'esercizio della prostituzione, ovvero se si trattasse invece di una scelta vo-

* Ricercatore di Diritto Amministrativo, Università di Messina.

¹ M. FLAMINI, N. ZORZELLA, *Asilo e protezione internazionale*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, n. 3/2017; E. RIGO, *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 117; V. TEVERE, *Il difficile cammino verso una tutela integrata delle donne vittime di violenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: sviluppi normativi e perduranti profili di criticità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2019, p. 184.

² L. MINNITI, *La valutazione di credibilità del richiedente asilo tra diritto internazionale, dell'UE e nazionale*, in *Questione Giustizia, Diritti senza confini*, 21 gennaio 2020.

lontana per ragioni di sopravvivenza economica; affermava che la condizione di prostituta non integrava un chiaro presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno umanitario, che a norma dell'art. 18 del d. lgs. 286/1998, andrebbe condizionato ad un contributo della straniera ad un efficace contrasto dell'organizzazione criminale o all'individuazione dei responsabili delle attività di commercio degli esseri umani³. Si sosteneva ancora l'insufficienza del richiamo alla situazione generale del Paese d'origine, in carenza di prova di una persecuzione diretta, grave e personale della donna, che non veniva considerata in condizione di vulnerabilità ai fini della protezione umanitaria.

2. *La corretta valutazione dei fatti secondo la decisione della Cassazione*

I motivi della decisione della Cassazione hanno riguardato in primo luogo l'omesso esame del fatto storico di sottrazione del documento d'identità e di viaggio gratuito ascrivibili proprio alle caratteristiche delle organizzazioni criminali che operano la tratta degli esseri umani⁴.

Il complesso quadro normativo, a giudizio della Cassazione, non veniva adeguatamente valutato ai fini di una corretta lettura della credibilità della richiedente, che sosteneva di essere vittima di tratta e rientrante nella nozione di rifugiata, in ragione del fondato timore di essere perseguitata per la sua "appartenenza ad un particolare gruppo sociale", ben individuabile in quello di genere (femminile), oggetto di discriminazioni concretizzanti in soprusi, molestie, violenze, anche sessuali, in danno delle donne⁵.

La Cassazione rilevava che se la Corte d'Appello avesse opportunamente valutato i fatti rappresentati in giudizio, ciò avrebbe potuto essere decisivo ai

³ Il permesso di soggiorno ex articolo 18 è previsto per la prima volta nel nostro ordinamento, con un consistente anticipo rispetto al contesto in cui si è avvertita una crescente sensibilità sul tema nelle fonti del diritto internazionale e del diritto comunitario, dalla legge 6 marzo 1998, n. 40, all'articolo 16 e poi ricompreso fra le "Disposizioni a carattere umanitario" previste dal titolo II, capo III del T.U.I. (d.lgs. n. 286/98). Si veda: C. VETTORI, *La tratta degli esseri umani. Evoluzione normativa e aspetti sociologici*, in *ADIR-L'altro diritto*, 2014.

⁴ F. MORESCO, *Quando il sistema accresce la vulnerabilità: la vittima di tratta scivola nelle pieghe dell'accoglienza*, in *ADiM-Blog*, novembre 2020.

⁵ A. IERMANO, *Donne migranti vittime di violenza domestica: l'interpretazione "gender sensitive" dei giudici nazionali in conformità alla Convenzione di Istanbul*, in *OIDU, Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3/2021, p. 731.

fini della controversia, determinandone un esito diverso⁶. La Cassazione, a tale riguardo, rammentava che, fermo restando il principio in base al quale ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato rileva la credibilità dei fatti allegati che devono avere i caratteri di precisione, gravità e concordanza⁷, si deve sempre tenere presente che il giudice, così come l'autorità amministrativa, deve svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda «mediante l'esercizio di poteri-doveri d'indagine officiosi e l'acquisizione di informazioni aggiornate sul paese di origine del richiedente, al fine di accertarne la situazione reale⁸ e che particolare approfondimento necessitano le ipotesi di più violenta aggressione della libertà e della dignità della donna, ovvero, come nel caso in questione, di “vendita” della richiedente, di per sé integrante un trattamento di tipo schiavistico, esigente l'assunzione di specifiche informazioni sulla situazione delle donne nigeriane, anche considerato che spesso le vittime di tratta non denunciano le violenze subite per timore di ritorsioni⁹. La conclusione è che la «Corte felsinea, nella valutazione di credibilità della richiedente in un ambito tanto delicato e peculiarmente connotato come quello in esame, non si è attenuta a criteri coerenti con i principi di diritto enucleati dal quadro normativo come sopra ricostruito, così disattendendoli».

3. *Un articolato quadro normativo*

La pronuncia in esame è espressione di un'evoluzione della giurisprudenza che indica la tendenza a utilizzare una diversa prospettiva nel riconoscere la protezione internazionale quando sia richiesta da donne che denunciavano di essere oggetto di violenza. Già in altre decisioni la Corte di Cassazione¹⁰ aveva avuto modo di affermare tale orientamento, con il quale si riconosce che verso le vittime di violenza di genere occorre una più attenta valutazione dei fatti oggetto del giudizio, ai fini del riconoscimento del diritto

⁶ C. DITONNO, *Il “beneficio del dubbio” nella valutazione delle dichiarazioni di un richiedente asilo*, in *www.altalex.it*, 2021.

⁷ Cass. civ., sez. I, sentenza del 27 novembre 2019, n. 30969; Cass. civ., sez. I, ordinanza del 24 giugno 2020, n. 12514.

⁸ Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 10 giugno 2020, n. 11170.

⁹ Cass. civ., sez. I, ordinanza del 14 novembre 2019, n. 29603.

¹⁰ Cass. Civ., sez. VI, sentenza del 17 maggio 2017, n. 12333; Cass. Civ., sez. I, sentenza del 24 novembre 2017, n. 28152.

alla protezione internazionale, o alla protezione sussidiaria, e dello status di rifugiato che tenga conto della peculiarità dell'appartenenza ad un gruppo sociale spesso oggetto di persecuzioni e violenze in determinati Paesi¹¹.

Il suddetto orientamento è coerente con il quadro normativo internazionale ed europeo. Nel 2002 l'UNHCR, infatti, ha messo a punto delle linee guida sulla persecuzione di genere, in cui si evidenzia come storicamente la definizione di "rifugiato" sia legata ad un quadro di esperienze tipicamente maschili, mentre vengono del tutto trascurate le peculiarità della condizione in cui si trovano le donne in alcuni Paesi¹².

In contrasto con tale tendenza, le linee guida indicano un'interpretazione che dà giusta rilevanza a questa specifica condizione, sostenendo di dover dare adeguato rilievo alle istanze relative al genere. In particolare, si sottolinea l'esigenza che amministrazioni e giudici valutino con attenzione il timore di persecuzione, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, e che le autorità decidenti, procedendo all'analisi della situazione del Paese di origine, non si limitino all'esame della sola legislazione esistente, essendo necessario accertare che le pratiche vietate dalla legge non siano neanche di fatto tollerate e che le autorità siano in grado di impedire effettivamente il loro manifestarsi.

In questa direzione è andata 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 in Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77, che definisce la violenza contro le donne «una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che privata». Tale convenzione, oltre a prevedere una serie di obblighi di criminalizzazione negli ordinamenti interni (*gender-based crimes*), all'art. 60 sancisce che gli Stati firmatari devono adottare «le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che la violenza contro le donne basata sul

¹¹ 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 ed assistenza?* In *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2017; F. MARTINES, *La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia*, in *Gli speciali OIDU*, 2020.

¹² A. DEL GUERCIO, *Persecuzione e violenza di genere. Quando sono le donne a chiedere asilo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2018, pp. 151-186.

genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, A della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e come una forma di grave pregiudizio che dia luogo a una protezione complementare/sussidiaria» e che gli Stati adottino un'interpretazione sensibile al genere (*gender-sensitive interpretation*) per ciascuno dei motivi menzionati dalla Convenzione di Ginevra (la quale non riconosce espressamente la violenza sessuale come motivo per concedere lo status di protezione ma fa riferimento all'appartenenza ad un determinato gruppo sociale).

In sostanza, le autorità statali sono tenute a riconoscere che la violenza di genere può costituire una persecuzione, e determinare la concessione dello status di rifugiato, ovvero costituire un danno grave, tale da giustificare il riconoscimento della protezione sussidiaria¹³, così come definita dalla direttiva 2011/95/UE¹⁴. Similmente, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 1993 ha adottato una Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro la donna¹⁵ in cui la stessa viene definita come: «una forma di persecuzione legata al genere femminile e che si manifesta attraverso azioni violente di tipo fisico, psicologico o sessuale o in qualunque modo dirette a provocare sofferenza nella donna, includendo tra tali azioni anche le minacce, la coercizione e la privazione della libertà, sia nella sfera privata sia in quella pubblica».

In questo quadro, si inserisce altresì il d. lgs. n. 18/2014, che ha modificato alcune disposizioni del d. lgs. n. 251/2007 e l'art. 29 del T.U. sull'immigrazione. All'art. 8 del d. lgs. 251/2007 al comma 1, lettera d), dopo le parole: «ai sensi della legislazione italiana», infatti, sono state aggiunte le parole: «ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere». Per particolare gruppo sociale si intende quindi «quello costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non do-

¹³ S. ALBANO, *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018.

¹⁴ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Percorsi di protezione per le vittime di violenze sessuali e di genere*, in *www.adif.org*, 9 dicembre 2019.

¹⁵ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993. Consultabile al link: https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Dichiarazione-sulleliminazione-della-violenza-contro-le-donne-1993/27

vrebbe essere costretta a rinunciarvi, ovvero quello che possiede un'identità distinta nel Paese di origine, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante».

Nella decisione della Corte di Cassazione in esame, si è ritenuto che i fatti narrati in giudizio dalla cittadina nigeriana rientrassero a pieno titolo tra quelli cui fanno riferimento gli atti normativi citati, in particolare la Convenzione di Istanbul e l'art. 7 del d.lgs 251/2007¹⁶.

4. *La persistenza del pregiudizio di genere nella giurisprudenza di merito*

La Corte di Cassazione, alla luce dell'analisi della complessa disciplina, ha affermato che la valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente non può rimanere affidata alla mera opinione del giudice, dovendo essere il risultato di una procedimentalizzazione legale della decisione, da compiere non in base alla mera mancanza di riscontri oggettivi, ma alla stretta dei criteri indicati all'art. 3 quinto comma del d.lgs. n. 251/2007. Ciò appare in linea con la tendenza, recentemente espressa nella sua stessa giurisprudenza, diretta a chiarire questioni che emergono in una realtà sempre più pressante, che riguardano i diritti dei rifugiati in una prospettiva di genere su cui occorrerebbe fare maggiore chiarezza normativa, in quanto oggetto di decisioni, amministrative e giudiziarie, con esiti alterni: quella sulla natura non necessariamente statale degli agenti persecutori; quella del riconosci-

¹⁶ Art. 7- Atti di persecuzione - 1. Ai fini della valutazione del riconoscimento dello status di rifugiato, gli atti di persecuzione, ai sensi dell'articolo 1 A della Convenzione di Ginevra, devono alternativamente: a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, della Convenzione sui diritti dell'Uomo; b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a). 2. Gli atti di persecuzione di cui al comma 1 possono, tra l'altro, assumere la forma di: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all'articolo 10, comma 2; f) atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia.

mento della violenza privata diretta contro un genere sessuale come forma di persecuzione e della presunzione che, in determinate circostanze, la persecuzione sia rivolta contro le donne in quanto gruppo sociale; quella della credibilità dei richiedenti la protezione internazionale e quella del potere di indagine dei giudici.

Nonostante adesso siano numerosi gli interventi della giurisprudenza diretti a dare la corretta interpretazione normativa a tali questioni, è davvero urgente che la disciplina interna sia aggiornata e semplificata secondo la direzione indicata, anche per evitare che si possano trovare, più o meno sottraccia, nelle motivazioni dei provvedimenti amministrativi o della giurisprudenza di merito elementi che limitino eccessivamente le possibilità di riconoscimento della protezione. Elementi rinvenibili, tra l'altro, proprio nella decisione cassata, in cui sembrerebbe emergere un pregiudizio di genere, che preclude una corretta lettura della credibilità della richiedente, vittima di tratta e appartenente ad un particolare gruppo sociale oggetto di discriminazioni.

LA TRANSITORietà PROTRATTA DELLA PROTEZIONE UMANITARIA

Manuela Consito*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rilievo di ragioni *latu sensu* umanitarie a diritto vigente. – 3. La vulnerabilità nella valutazione del grado di integrazione sociale dello straniero e il principio di comparazione attenuata.

1. *Introduzione*

Sono note le modifiche normative relative al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari originariamente disciplinato dal TU Immigrazione, art. 5, co. 6, prima con l'avvenuta abrogazione della previsione secondo la quale detto permesso poteva essere fondato sulla ricorrenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (d.l. n. 113/2018, art. 1, co. 1, lett. b), poi con una parziale reintroduzione dei limiti dovuti al «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (d.l. n. 130/2020, art. 1, co. 1, lett. a).

Stante l'alto numero di casi ancora pendenti in merito al riconoscimento della protezione per motivi umanitari proposta in periodo antecedente alle modificazioni e la successiva previsione di nuovi permessi di tipo speciale, risulta di interesse comprendere quali siano, allo stato attuale, gli orientamenti interpretativi offerti sul punto. Detti motivi mantengono infatti un rilievo sia per la verifica circa la sussistenza in capo alla persona straniera di condizioni utili a consentire ancora la protezione umanitaria sia per i limiti in ogni caso opponibili all'allontanamento di quanti abbiano ricevuto un diniego dell'istanza di protezione internazionale.

2. *Il rilievo di ragioni latu sensu umanitarie a diritto vigente*

Alcune peculiari condizioni che, nella vigenza della preesistente disciplina, trovavano nelle valutazioni discrezionali delle Commissioni territoriali

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Torino.

per il riconoscimento della protezione internazionale la specificazione dei motivi umanitari, si rivengono oggi in disposizioni speciali.

Il riferimento è alle gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie (d.lgs. n. 286/1998, art. 19, co. 2, lett. d bis), ai motivi di calamità (d.lgs. n. 286/1998, art. 20 bis), cui si affiancano gli eventi gravi ed eccezionali che sono causa di afflusso massiccio di sfollati (d.lgs. n. 83/2003, di recepimento della Direttiva 2001/55/CE) e le «rilevanti esigenze umanitarie» dovute a conflitti, disastri naturali o altri eventi gravi (d.lgs. n. 286/1998, art. 20), ancora i casi di violenza, anche domestica e di grave sfruttamento, anche lavorativo (d.lgs. n. 286/198, artt. 18, 18 bis, art. 22, co. 12 bis): tutte ipotesi che prevedono il rilascio del permesso di soggiorno per casi speciali¹.

Sono situazioni nelle quali già la prassi² delle Commissioni competenti traduceva di volta in volta i motivi umanitari³. Preponderanti erano le ipotesi di particolare vulnerabilità e riconducibili prevalentemente alla minore età nell'avvio del percorso migratorio, alle gravi condizioni di carattere personale (tra cui l'essere vittima di maltrattamenti e violenze) e di salute, quest'ultime unite talora a valutazioni inerenti carenze sistemiche anche di tipo sanitario nel Paese di provenienza⁴.

¹ M. CONSITO, E. VILARDI, *Forme di protezione dello straniero*, in G. NEPPI MODONA, V. FERRARIS (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, Torino, 2019, p. 29 s.; N. ZORZELLA, *L'abrogazione dei permessi umanitari e la sorte di quelli già rilasciati o relativi a procedimenti in corso*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Ospitaletto, 2019, p. 47 s.; D. BELLUCCIO, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno*, *ibidem*, p. 31 s.

² R. CAVALLO PERIN, M. CONSITO, *Gli obiettivi e il metodo del progetto di ricerca "La disciplina e la tutela dell'asilante" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Collane@unito.it, Torino, 2019, 524 e la Relazione conclusiva del Progetto, ivi richiamata, spec. p. 40 s.

³ Qualificati dalla Corte di Cassazione come un «catalogo aperto»: Cass. SU, sentenza del 9 settembre 2021, n. 24413; Cass. civ., Sez. I, sentenza del 12 novembre 2018, n. 28990; Cass. civ., Sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455; Cass. civ., Sez. VI, sentenza del 9 ottobre 2017, n. 23604; A. DI FLORIO, *Protezione umanitaria e protezione speciale. La "vulnerabilità" dopo Cass. SU n.24413/2021*, in *Questione giustizia.it*, 15 ottobre 2021.

⁴ Il dato è evidenziato in particolare dalla giurisprudenza di merito, mentre più restrittive paiono le interpretazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità, che ai fini dell'evidenza di ragioni umanitarie sottolinea come la condizione di salute grave debba essere l'effetto della grave violazione dei diritti umani subita dal richiedente nel Paese di provenienza: Cass. civ., Sez. VI, sentenza 21 dicembre 2016, n. 26641.

Similmente possono poi considerarsi le ipotesi di divieto di espulsione o respingimento, che, accanto al richiamo dovuto «agli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», vedono oggi trasporre nel dettato normativo con ancora maggior dettaglio il rilievo sempre assunto nell'ordinamento dal principio di garanzia dell'unità familiare⁵. Se ne trova specificazione, infatti, nella pretesa di tutela della vita privata e familiare quale limite al rimpatrio, ai fini della cui valutazione si pongono ora a corollario elementi che già si sono visti ricondurre ai motivi umanitari. In tal senso può infatti leggersi la previsione secondo la quale, a garanzia del principio di *non refoulement*, occorre tenere in conto non solo la natura e l'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, ma anche 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». Solo a seguito di questa valutazione comprensiva si avrà il rilascio di un permesso dedicato per protezione speciale (d.lgs. n. 286/1998, art. 19, co. 1, 1.1; d.lgs. n. 25/2008, art. 32, co. 3).

3. *La vulnerabilità nella valutazione del grado di integrazione sociale dello straniero e il principio di comparazione attenuata*

Un tratto comune alle ipotesi richiamate può individuarsi nella condizione di vulnerabilità nella quale versi l'individuo, capace di fondare un titolo di protezione che, seppur non giunge al livello della protezione sussidiaria o per rifugio, sempre può dirsi espressione del diritto di asilo⁶ (art. 10, co. 3 Cost.).

Tale condizione è variamente declinata dalla giurisprudenza di legittimità, alternando interpretazioni utili a fondarla su una valutazione comparativa della situazione del richiedente capace di integrare un duplice profilo, sog-

⁵ CEDU, art. 8, su cui la giurisprudenza è consolidata da molti anni: Corte EDU, sentenza del 8 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkbandali c. Regno Unito*; Id., sentenza del 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio*; Id., sentenza del 11 luglio 2000, *Ciliz c. Paesi Bassi*; Id., sentenza del 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*; A. DE LUCA, *Diritto all'unità familiare e tutela della famiglia del migrante. Tendenze giurisprudenziali*, in F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, p. 193.

⁶ Il diritto al soggiorno umanitario è stato considerato, al pari delle forme di protezione maggiore, rispetto alle quali risulta complementare, manifestazione attuativa del diritto di asilo: Cass., SU, sentenza del 27 novembre 2018, n. 30658.

gettivo e oggettivo⁷, con interpretazioni dirette invece a valorizzare il solo primo profilo.

In tal senso l'aspetto soggettivo è stato inteso come la particolare ed eccezionale vulnerabilità a cui si troverebbe soggetto l'interessato a causa di uno sradicamento 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: in questi termini si è cercato di tradurre il "grado adeguato di integrazione sociale" nel Paese di accoglienza, che risulta in ogni caso imprescindibile per configurare una protezione complementare, ove non emergano gli altri motivi (di salute, personali) di cui si è detto.

L'integrazione dello straniero⁸, qualificata secondo i parametri indicati, diviene così manifestazione di una particolare e specifica vulnerabilità cui l'individuo andrebbe incontro a fronte di un allontanamento, poiché integrante la perdita di ciò che egli sarebbe costretto a lasciare in Italia, sì da divenire in sé fatto costitutivo del diritto di soggiorno per motivi umanitari o, oggi, per i c.d. casi di protezione speciale.

Sono questi i termini secondo i quali possono intendersi non solo e ancora i "seri motivi umanitari" di cui all'originario testo dell'art. 5, co. 6 TU Immigrazione, ma anche quei motivi che risultino dagli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano che la disciplina vigente pone in ogni caso quale clausola di salvaguardia e limite al rifiuto del permesso di soggiorno (d.lgs. n. 286/1998, art. 5, co. 6).

È così espresso un giudizio in termini di «comparazione attenuata», che, pur escludendo la protezione ove si consideri il solo contesto del Paese di provenienza in termini del tutto generali e astratti e non la specifica com-

⁷ Il profilo oggettivo in una valutazione comparativa comporta la necessità di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio di diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto di dignità personale, in correlazione con la situazione di integrazione raggiunta nel paese di accoglienza: Cass., SU, sentenza del 9 settembre 2009, n. 19393; Cass. civ., Sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455; Cass. SU, sentenza del 13 novembre 2019, 29459.

⁸ H. CAROLI CASAVOLA (a cura di), *Le migrazioni e l'integrazione giuridica degli stranieri*, Torino, 2021; L. DANIELE, *L'integrazione dell'immigrato nel panorama europeo: spunti introduttivi*, in A.C. AMATO MANGIAMELI, L. DANIELE, M.R. DI SIMONE, E. TURCO BULGHERINI (a cura di), *Immigrazione, Marginalizzazione, Integrazione*, Torino, 2018, 253 e s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Politiche di inclusione sociale e contrasto all'irregolarità del soggiorno*, *ibidem*, 290.

promissione dei diritti umani accertata in relazione al singolo caso⁹, ammette invece la protezione a fronte di una valutazione di proporzionalità e di ragionevolezza per l'effetto del bilanciamento tra la condizione oggettiva del Paese di eventuale rimpatrio e la posizione soggettiva maturata nel Paese di accoglienza. Trovano perciò in sintesi particolare valorizzazione quegli elementi che denotano il rischio di una grave compromissione della vita privata e familiare della persona, manifestati nel rischio di «un danno attuale da perdita di relazioni affettive, di professionalità maturate, di osmosi culturale riuscita¹⁰».

⁹ Cass. civ., Sez. VI, sentenza del 28 giugno 2018, n. 17072.

¹⁰ Cass., SU, n. 24413/2021, cit.

COME BILANCIARE LA VALUTAZIONE DI CREDIBILITÀ
E IL DOVERE DI COOPERAZIONE ISTRUTTORIA
NELLA PROCEDURA PER IL RICONOSCIMENTO
DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE?

Giusy Conza*

SOMMARIO: 1. Corte di Cassazione, sez. III civile, Ordinanza n. 8819 del 12 maggio 2020. – 1.1. Decisione. – 2. Il ruolo attivo dei giudici: potere/dovere istruttorio officioso. – 3. Uno sguardo argomentativo alla complessità del caso. – 4. Inclusione nei diritti fondamentali e riconoscimento di una vulnerabilità *effettiva*.

1. *Corte di Cassazione, sez. III civile, Ordinanza n. 8819 del 12 maggio 2020*

Il caso in esame¹ ha ad oggetto l'opposizione avverso il provvedimento con il quale la Commissione territoriale di Bologna aveva negato il riconoscimento tanto dello *status* di rifugiato, quanto il diritto alla protezione sussidiaria o in subordine il permesso di soggiorno per motivi umanitari al richiedente signor M. A. Alla Commissione territoriale il signor M. A. raccontò di aver perso i suoi più stretti congiunti, di essere stato, in seguito, catturato e condotto in un bosco dove avrebbe dovuto sottoporsi ad un rito di iniziazione per entrare a far parte di una setta, che ciononostante era riuscito a fuggire e a non recarsi alla polizia in quanto apprendeva solo in un secondo momento che anche lo zio, suo unico familiare, ne faceva parte. L'organo amministrativo ritenne le circostanze narrate dal richiedente non sufficienti in ragione della vaghezza e genericità a giustificare la richiesta di protezione. Cosicché il sig. M. A. proponeva ricorso avverso il provvedimento amministrativo di rigetto dinanzi al Tribunale di Bologna che, sebbene fossero state rese narrazioni più circostanziate, aveva rigettato ugualmente la domanda. Avverso tale ultimo provvedimento è stato proposto dallo stesso richiedente ricorso per Cassazione sulla base di due motivi di censura: i) violazione e fal-

* Professore a contratto di Filosofia del diritto, Università degli Studi della Tuscia.

¹ Cass. Civ., sez. III, ordinanza del 12 maggio 2020, n. 8819. Per un approfondimento si rinvia a I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, Rubrica "Diritti senza confini" in *Questione Giustizia*, 8.02.2021.

sa applicazione del D.Lgs. n. 251 del 2007, artt. 5, 6, art. 7, n. 2 e art. 14, lett. a e b; del D.Lgs. n. 25 del 2008 in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5; ii) violazione del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6 in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

1.1. *Decisione*

La III sez. civile della Corte di Cassazione si è espressa sul punto precisando che il dovere officioso di cooperazione istruttoria non può essere escluso dal giudizio di *non credibilità soggettiva* relativo alle dichiarazioni del ricorrente. Ciò è necessario dal momento che un accertamento sull'attuale condizione del paese di origine deve precedere e non seguire la valutazione della prova, salvo che la difesa dell'istante non abbia esposto fatti storici idonei a renderne possibile la valutazione o abbia espressamente e motivatamente rinunciato ad una delle possibili forme di protezione. Sulla base di questo ragionamento, la Corte ha accolto il ricorso e cassato il decreto impugnato rinviando il procedimento al Tribunale di Bologna, che, in diversa composizione, ha provveduto ad applicare i principi di diritto emersi.

2. *Il ruolo attivo dei giudici: potere/dovere istruttorio officioso*

Nei giudizi per il riconoscimento della protezione internazionale ed umanitaria risulta essere di particolare interesse la natura teorica e descrittiva del processo, che pare perdere la sua tradizionale rappresentazione dialettica-oppositiva tra le parti e il giudice, per avvicinarsi ad una forma di giudizio collaborativo il cui fine non è la vittoria di una parte sull'altra parte ma l'inclusione² del richiedente asilo in una Comunità.

Questo mutare della procedura ordinaria verso un particolare e differente gioco di ruoli offre al teorico del diritto, la possibilità di guardare agli esiti pratici derivanti da specifici *case law* le cui profonde ricadute sulla *effettività* dei diritti fondamentali necessitano di un'argomentazione puntuale sui criteri utilizzati dai giudici nella costruzione dei processi decisionali. Lo studio, in-

² Intendo qui "inclusione" nel senso di libertà come possibilità offerta all'agente di agire senza costrizioni ma anche libertà come esercizio nella misura in cui il soggetto è libero di compiere determinate azioni nella realizzazione compiuta e autentica di se stesso. Per un approfondimento sul significato di libertà come concetto di opportunità distinto ma inclusivo del concetto di esercizio si rinvia a I. CARTER, *La libertà eguale*, Milano, 2005, pp. 25 ss.

fatti, della giurisprudenza può essere utile per comprendere in seno ai diversi e talvolta contrastanti orientamenti la cornice entro cui il potere/dovere del giudice può muoversi per fornire la giusta tutela al riconoscimento dei diritti fondamentali³ e «come tali dotati di un grado di tutela assoluta⁴».

Il metodo è dato, in questo contesto, dall'analisi argomentativa di pronunce relative alla giurisprudenza di legittimità⁵ aventi ad oggetto il riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria ex art. 35-bis del D.lgs n. 25 del 2008. La lettura delle stesse, attraverso i canoni dell'argomentazione giuridica, permette di tipizzare i percorsi giustificativi utilizzati dai giudici in casi diversi, ricorrendo spesso a categorie che si ripetono in ogni singola pronuncia: l'effettiva condizione di vulnerabilità del richiedente, la condizione personale che il soggetto ha vissuto prima della partenza, il motivo della partenza e la conseguente necessità di valutare, caso per caso, la situazione della vita privata e familiare del richiedente in Italia, bilanciandola con la situazione personale che il richiedente ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio.

All'interno di questo processo di riconoscimento della protezione internazionale ed umanitaria sussiste un potere-dovere di cooperazione istruttoria d'ufficio in capo al giudice (consistente nell'acquisizione di COI – *Country of*

³ M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione istruttoria nel procedimento di protezione internazionale: il punto di vista del giudice di merito*, in *Questione giustizia*, n. 3/2020.

⁴ Cass. Civ., SS. UU., sentenza 27 novembre 2018, n. 30658, testo consultato in De Jure, Banche date Editoriali, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2021.

⁵ Nel bilanciamento tra la valutazione sulla credibilità del soggetto richiedente ed il dovere di cooperazione istruttoria la giurisprudenza è divisa. Una parte della giurisprudenza (Cass. Civ., sez. IV, ordinanza del 20 dicembre 2018, n. 33096; Cass. Civ., sez. VI, ordinanza del 19 febbraio 2019, n. 4892; Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 21 aprile 2020, n. 7985; Cass. Civ., sez. I, sentenza del 21 aprile 2020, n. 8020) ritiene che una valutazione negativa sulla credibilità del soggetto escluda *in nuce* la possibilità di ricorrere al dovere informativo officioso anche con riferimento alla protezione sussidiaria ex art. 14 lettera c) d.lgs. n. 251 del 2007 ed a quella umanitaria. A differenza di questo orientamento, altra parte della giurisprudenza (Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 7 febbraio 2020, n. 2954) ritiene, invece, che sempre a fronte di una valutazione negativa della credibilità soggettiva si possa escludere la necessità di un approfondimento istruttoria officioso solo quando si tratti di protezioni cosiddette "individualizzanti", ovvero il rifugio politico e la protezione sussidiaria ex art. 14 lettere a) e b), ciò perché queste ultime risulterebbero particolarmente legate ad una narrazione personale dei fatti occorsi. In quest'ultimo caso chiaro è che il dovere di cooperazione in capo al giudice risulterà particolarmente attenuato, stante la necessità di dover desumere dalla narrazione dei fatti l'effettiva situazione di vulnerabilità in capo al soggetto richiedente.

Origin Information) verso il quale vi sia stata una impugnazione in via giurisdizionale del provvedimento emesso dalle competenti Commissioni territoriali.

In particolare, la questione si pone soprattutto quando a dover essere provati sono i presupposti per l'adozione dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria o di quella umanitaria. Ciò che il giudice deve provare non è la sussistenza o meno del rischio di persecuzione o del danno grave, quanto accertare «ai sensi degli artt. 8, 2° comma e 14, lett. c), d.lgs. 251/07, se tale accusa sia reale, cioè effettivamente rivolta al richiedente nel suo Paese d'origine, e dunque se sia suscettibile di rendere attuale il rischio di persecuzione o di danno grave in relazione alle conseguenze possibili secondo l'ordinamento straniero nel caso di rientro in patria⁶».

Risulta, perciò, di primaria importanza chiarire l'operatività del principio dell'onere della prova nei giudizi per il riconoscimento della protezione internazionale. Ciò si rende opportuno in quanto nei casi *esaminati* il principio dell'onere della prova in capo al richiedente, a differenza di quanto previsto dall'art. 115 cpc e dall'art. 2697 cc, risulta attenuato⁷ trattandosi di poteri-doveri in capo ai giudici di autonomo accertamento dei fatti limitatamente a quanto allegato dalle parti.

Il punto di partenza risiede nel bilanciamento⁸ tra la valutazione di credibilità del richiedente protezione internazionale e il contenuto dei poteri-doveri istruttori del giudice in relazione alle informazioni ricevute dal richiedente.

⁶ Cass. Civ., sez. I., ordinanza del 27 gennaio 2020, n. 1756.

⁷ Sul punto si rinvia all'ordinanza della Cass. Civ., sez. VI, del 4 aprile 2013, n. 8282, nella quale i giudici di Cassazione hanno chiaramente assunto tanto l'art. 3 d.lgs. 251/07, quanto l'art. 8 d.lgs. 25/08 relativo al dovere di cooperazione istruttoria del giudice sull'accertamento delle condizioni aggiornate del Paese d'origine del richiedente asilo, quali disposizioni normative – all'interno del contesto di accertamento giudiziale delle domande di protezione internazionale – rappresentative del sistema di attenuazione dell'onere della prova.

⁸ Per un approfondimento sulla tecnica del bilanciamento in specie nella lettura che ne dà R. Alexy nella sua traduzione in una "formula del peso" si rinvia a R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, n. 4/2003, pp. 433-449, spec. p. 444. Per una critica alla riduzione del bilanciamento ad una formula matematica così come avanzata da Alexy, si rinvia, invece, a M. ATIENZA, J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, 2012.

3. *Uno sguardo argomentativo alla complessità del caso*

Un caso la cui narrazione⁹ sistematizza il bilanciamento tra l'accertamento officioso e la valutazione di credibilità in parametri e criteri ben individualizzati è la recente ordinanza della Corte di Cassazione, sez. III civile, n. 8819 del 12/05/2020¹⁰. Il ricorso è proposto dal sig. M. A. per aver la Commissione territoriale negato il riconoscimento dello *status* di rifugiato e di forme complementari di protezione a causa della vaghezza e genericità delle circostanze narrate e a sua volta per aver, il Tribunale di Bologna, rigettato con decreto il ricorso avente ad oggetto in via principale, il diritto alla protezione sussidiaria o, in subordine, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari. Avverso il decreto, il Sig. M. A. proponeva ricorso per Cassazione. Nel caso *de quo* i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che la scelta del Tribunale di Bologna non può essere arbitraria ma deve essere verificabile, perciò il giudice è tenuto – come correttamente avvenuto in seno alla parte motiva, se pur in violazione del principio tra chiesto e pronunciato – ad esaminare in prima battuta la possibilità di riconoscere al richiedente asilo lo *status* di rifugiato. In questa chiave, il Tribunale ha tuttavia ritenuto che la non attendibilità del richiedente fosse condizione sufficiente per esimere il giudice dall'onere di cooperazione nell'acquisizione della prova.

Un siffatto orientamento giurisprudenziale, che pure in passato ha avuto il suo seguito, è oggi superato dai più recenti indirizzi di legittimità che hanno avuto luce con la pronuncia della Corte di Cassazione n. 2954 del 2020 secondo la quale, stante la non credibilità dei fatti narrati dal richiedente, sussiste in capo al giudice «l'obbligo di attivare i propri poteri officiosi al fine di acquisire una completa ed attuale conoscenza della complessiva situazione dello Stato di provenienza, onde accettare la fondatezza e l'attualità del timore di danno grave dedotto». Di non poco conto, la circostanza per cui, il do-

⁹ Sulla rilevanza delle narrazioni processuali e sull'importanza di considerare il “fatto” non come un qualcosa di precostituito ma il frutto della narrazione degli attori coinvolti (cliente, avvocato, giudice) si rinvia a F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano, 2008, pp. 107-119 e la più recente pubblicazione ID., *The Analysis of Legal Cases: A Narrative Approach*, London-New York 2020, capp. 1-3.

¹⁰ Per un approfondimento critico si rinvia a F.G. DEL ROSSO, *Protezione internazionale ed umanitaria, diritti autodeterminati, principio del beneficio del dubbio e comparazione attenuata*, nota a Cass. Civ., ord. n. 8819/20, in *Il Foro ital.*, n. 11/2020.

vere di cooperazione istruttoria¹¹ del giudice non sorga *ipso facto*, ma solo quando sia in connessione logico-deduttiva con una versione dei fatti coerente e plausibile rispondente ad una pretesa di correttezza¹².

La compromissione dei diritti umani non può, ad esempio, derivare da una situazione generale in cui si trova l'intero Paese d'origine dello straniero, ma deve essere il frutto di un apprezzabile rischio personale del richiedente la protezione umanitaria. Allo stesso modo, l'integrazione sociale non può costituire un motivo autonomo che non implichi una previa valutazione concreta della effettiva privazione dei propri diritti fondamentali. È proprio nella concretezza che i giudici procedono ad una «valutazione individuale, caso per caso, della vita privata e familiare del richiedente in Italia¹³», da bilanciare «con la situazione personale che egli ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio¹⁴», situazione che dovrà essere adeguatamente accertata.

Prima di decidere la domanda nel merito, quando si tratta di protezione internazionale, ricade sul giudice l'onere di assolvere all'obbligo di cooperazione istruttoria. Si tratta di un onere che non può essere superato soltanto alla luce di una valutazione *prima facie* di non credibilità della narrazione del richiedente asilo. Ciò in quanto, prima di aver adempiuto a tale obbligo, il giudice non può dirsi edotto sulla reale e attuale situazione dello Stato di provenienza e, pertanto, in questa fase, la valutazione sarebbe riduttiva perché legata alle sole dichiarazioni sul Paese di origine. In conseguenza di ciò, solo quando le affermazioni del richiedente risultino indubbiamente false, oppure i presupposti della tutela invocata siano negati in virtù di fatti notori, potrà dirsi decaduto l'obbligo di cooperazione istruttoria. Tale obbligo verrà, quindi, meno qualora i fatti narrati dalla difesa del ricorrente non siano sufficienti a rendere possibile l'esame della domanda, oppure, in ultima analisi vi sia un'espressa e succintamente argomentata rinuncia al riconoscimento di una delle forme di protezione.

L'onere argomentativo in capo al giudice è dato dalla possibilità di un

¹¹ Sul dovere di cooperazione e la valutazione di credibilità, v. M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2017, pp. 15-19.

¹² R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, ed. it. (a cura di) M. La Torre, Milano, 1998, p. 171 ss.

¹³ Testo dell'ordinanza, Cass. Civ., sez. III, ordinanza del 12 maggio 2020, n. 8819 consultato in De Jure, Banche date Editoriali, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2021.

¹⁴ *Ibidem*.

controllo necessario quando ad essere bilanciati sono l'integrazione sociale – insufficiente, se isolatamente considerata – e la situazione oggettiva del Paese d'origine dello straniero, unita alla *condicio* personale che ne ha determinato la partenza.

I giudici hanno perciò ritenuto che il riconoscimento della protezione umanitaria sia il frutto di un *giudizio prognostico*¹⁵ comparativo tra il Paese d'origine e quello ospitante nella valutazione della condizione *effettiva* del richiedente che tenga conto di una *incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa* (art. 2 Cost.)¹⁶.

Onere istruttorio è invece, l'accertamento di una vulnerabilità *effettiva*. Il giudice deve, cioè, in prima battuta, accertare se un eventuale rimpatrio implichi una forte privazione dei diritti umani tale da intaccare il nucleo intangibile della dignità umana correlandolo alla situazione che invece lo straniero ha raggiunto nel Paese d'accoglienza. Ciò perché, vale la pena evidenziarlo, oggetto del giudizio in *subiecta materia* «è pur sempre la persona, i suoi diritti fondamentali, la sua dignità di essere umano¹⁷».

L'esistenza di una situazione di vulnerabilità può essere accertata secondo i giudici di Cassazione, laddove si dimostri in concreto la violazione di un diritto formatosi nel Paese ospitante e tutelato dall'art. 8 Cedu in contrapposizione ad una condizione di vita più degradante nel Paese d'origine. La situazione familiare del richiedente asilo deve essere valutata tenendo presente la durata nel tempo e la stabilità dei legami personali e familiari.

4. *Inclusione nei diritti fondamentali e riconoscimento di una vulnerabilità effettiva*

La pronuncia che si commenta segna un cambiamento rilevante nella misura in cui la protezione umanitaria entra a pieno titolo nell'ambito dei diritti umani fondamentali costituendone un effettivo strumento di tutela in linea con l'art. 2 Cost. per la particolare attenzione volta ad un'integrazione, nei predetti termini di comparazione, della persona all'interno del Paese di arrivo.

Il ragionamento condotto dalla Corte di Cassazione segue, nel suo pro-

¹⁵ § 4.4 della Cass. Civ., sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

¹⁶ § 6 della Cass. Civ., sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

¹⁷ Testo dell'ordinanza, Cass. Civ., sez. III, ordinanza del 12 maggio 2020, n. 8819.

cedere argomentativo, un'analisi particolareggiata della situazione concreta da cui ne fa derivare, in presenza di una disciplina normativa a *trama aperta*, l'enucleazione di criteri da seguire nell'individuazione di particolari condizioni che ne rendano *effettiva* la vulnerabilità. Ancora una volta, dunque, la giurisprudenza di fronte ad una normativa da sola non in grado di risolvere la poliedricità del caso concreto, ritrova nel ruolo del giudice l'*impegno* oltre che argomentativo, anche istruttorio a bilanciare i diversi interessi in gioco nel tentativo, mai definito, di contenere le maglie di Diritto.

I giudici concludono, infatti, per l'accoglimento del ricorso del sig. M. A. cassando il decreto impugnato e rinviando al Tribunale di Bologna che in diversa composizione, dovrà applicare i principi di cui all'ordinanza in commento. Nello specifico il monito rivolto al giudice di prime cure consiste nel non aver correttamente valutato la «reale situazione esistente nel suo Paese d'origine, tanto sotto il profilo individuale della compromissione dei diritti fondamentali del richiedente asilo, quanto sotto quello generale delle conseguenze di un diniego di affiliazione alla setta (*omissis*), al fine di giungere ad un giudizio definitivo sulla sua vulnerabilità¹⁸».

La pronuncia si inserisce in un orientamento giurisprudenziale già tracciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza n. 29459 del 13 novembre 2019), tuttavia l'esito di questo specifico argomentare è innovativo nella misura in cui viene alla luce un principio di cooperazione attenuata. Un principio di cooperazione "attenuata" caratterizzato dal fatto che quanto più risulti accertata in giudizio una situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità della condizione soggettiva del richiedente, tanto più sarà nelle mani del giudice la possibilità di valutare con "minor rigore¹⁹" la situazione oggettiva del rischio di rimpatrio nel Paese di provenienza. Ciò avrebbe come conseguenza, con esclusivo riferimento alla comparazione del livello di integrazione raggiunto dal richiedente in Italia, l'attenuazione di una possibile lesione del diritto fondamentale della dignità umana del richiedente²⁰.

¹⁸ Il testo è ripreso dall'ordinanza della Corte di Cassazione che qui si commenta.

¹⁹ Testo dell'ordinanza, Cass. Civ., sez. III, ordinanza del 12 maggio 2020, n. 8819.

²⁰ *Ex multis* Cass. Civ., SS. UU., sentenza del 13 novembre 2019, n. 29459 e Cass. Civ., sez. I, ordinanza del 20 gennaio 2020, n. 1104, consultate in De Jure, Banche date Editoriali, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2021.

CERTIFICAZIONE DELLA PROCURA
E PRESENZA DEL RICHIEDENTE PROTEZIONE
INTERNAZIONALE SUL TERRITORIO.
UN SILLOGISMO ILLEGITTIMO, OLTRE CHE IMPERFETTO?

Michela Tuozzo*

SOMMARIO: 1. La certificazione della data dello *ius postulandi* del richiedente asilo al vaglio della Consulta. – 2. Le aporie dell’art. 35 bis, co. 13. – 3. Presenza sul territorio e pronuncia *inutiliter data*: una ragionevole ponderazione? – 4. Considerazioni conclusive.

1. *La certificazione della data dello ius postulandi del richiedente asilo al vaglio della Consulta*

Attraverso l’ordinanza 17970/2021¹ (d’ora innanzi ord. Travaglino), la III sezione civile della Suprema Corte di Cassazione esprime dubbi di legittimità costituzionale sul principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite con la sentenza 15711/2021² (d’ora innanzi sent. Conti), in base alla quale: «La procura speciale per il ricorso per cassazione per le materie regolate dall’art. 35 bis, c. 13 d.lgs. n. 25/2008 e dalle disposizioni di legge successive che ad esse rimandano deve contenere in modo esplicito l’indicazione della data successiva alla comunicazione del provvedimento impugnato e richiede che il difensore certifichi, anche solo con una unica sottoscrizione, sia la data della procura successiva alla comunicazione che l’autenticità della firma del conferente».

La sent. Conti è intervenuta a risolvere il contrasto interpretativo in ordine alla funzione certificatoria attribuita al difensore quanto alla assunta necessaria posteriorità della data della procura rispetto a quella della comunicazione del provvedimento sfavorevole per la proposizione del ricorso per cassazione in questa materia. Le Sezioni unite hanno accolto l’opzione formalistica secondo cui l’autonoma certificazione della data non è in alcun mo-

* Dottoressa di ricerca in Diritti umani. Teoria, storia e prassi, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Cass. Civ., sez. III, ordinanza del 23 giugno 2021, n. 17970.

² Sez. Un. Civ., sentenza del 1° giugno 2021, n. 15177.

do surrogabile *aliunde* dal mero contenuto complessivo della procura, anche se reca al suo interno l'indicazione della data del conferimento posteriore a quella del provvedimento sfavorevole. Un'interpretazione diversa realizzerebbe la disapplicazione e un'ermeneusi *contra legem* del comma 13 dell'art. 35 bis, cit.; pertanto, in assenza dei requisiti quivi indicati, il ricorso sarà dichiarato irrimediabilmente inammissibile. Le modalità esecutive in concreto dell'asseverazione temperano il rigore della disposizione, essendo infatti chiarito che la certificazione può anche essere unica, sia per la sottoscrizione autentica, sia per la data di conferimento successiva alla comunicazione, purché risulti esplicitamente e formalmente manifestata la volontà del difensore di procedere in tal senso.

Differentemente, l'ord. Travaglino osserva che la sanzione dell'inammissibilità non sia testualmente riferita alla certificazione della data di rilascio della procura, ma al solo presupposto della posteriorità della procura rispetto al provvedimento impugnato. La mancata certificazione della data, comunque risultante dall'atto, costituirebbe dunque una mera irregolarità, una volta raggiunto lo scopo della norma, in ossequio al principio della strumentalità delle norme processuali appunto al raggiungimento dell'obiettivo in vista del quale sono state dettate.

Una diversa applicazione è tuttavia preclusa dal vincolo interpretativo derivante dall'esercizio della funzione nomofilattica delle Sez. unite ex art. 374, co. 3 c.p.c., che impone alla Sezione semplice di astenersi dal decidere in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle prime, prescrizione che vale solo sul piano interpretativo e che non si estende anche alla possibilità per la Sezione di verificare la compatibilità della legge con la Costituzione (Corte Cost., sent. 28 gennaio 2021, n. 33).

Così, per tale via, la speciale disciplina per il rilascio della procura nei procedimenti di protezione internazionale e riconoscimento dello stato di rifugiato politico è portata all'attenzione dei giudici delle leggi. I profili di irrimediabile strappo alla Carta costituzionale prospettati dal giudice remittente sono più d'uno: si ipotizza la violazione degli artt. 3, 10, 24, 111 Cost. e il contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione alla direttiva 2013/32/UE, con riferimento agli artt. 28 e 46 § 11 e con gli artt. 47 della Carta dei diritti UE, 18 e 19 § 2 della medesima Carta, 6, 13 e 14 della CEDU.

Le *rationes legis* non condivise dal collegio remittente sono così sintetizzabili: garantire che il richiedente sia presente sul territorio, impedendo l'accesso alla Cassazione dell'espulso; scongiurare una sottoscrizione preventiva in bianco e porre rimedio al malcostume dei difensori voluttuosi di patrocini a spese dello Stato; ridurre i costi economici e sociali della giustizia.

In altri termini, «contenere il numero di ricorsi in Cassazione per effetto dell'eliminazione del grado di appello, attribuendo al difensore un compito che contribuisce a garantire la legalità».

2. *Le aporie dell'art. 35 bis, co. 13*

La questione principale su cui le due pronunce muovono considerazioni diverse relativa alla *ratio legis* della disposizione censurata, che andrebbe fondamentalmente rintracciata nella garanzia che il richiedente sia presente nel territorio dello Stato.

La presenza sul territorio si presenta invero come un requisito ulteriore rispetto all'unico presupposto testuale individuato dall'art. 10, co. 3 Cost.: l'impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche. La più attenta dottrina³ sul tema ha sottolineato che nell'art. 10, co. 3 Cost. è irrilevante la distinzione tra asilo "territoriale" ed "extraterritoriale", poichè il "territorio della Repubblica" costituisce un elemento teleologico, che riguarderebbe il luogo in cui lo straniero materialmente verrà protetto. Anche il Tribunale di Roma, del resto, con la nota sentenza sul caso del leader curdo Öcalan aveva riconosciuto il diritto di asilo a una persona che non si trovava più in Italia.

È istruttivo riportare il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità e cioè che il diritto d'asilo non va inteso tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto, piuttosto e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di esservi ammesso alla procedura di esame della domanda di protezione⁴.

Vero che dalle due pronunce citate i riferimenti legislativi si sono nel frattempo arricchiti, a partire dalle direttive 2011/95/UE e 2004/83/CE, senza però sconfessare l'opzione costituzionale. In tal senso si veda anche l'art. 6 del d.lgs. 25/2008.

Quest'aspetto peculiare della nozione di territorio sta d'altronde alimentando una rinnovata giurisprudenza⁵ (non esente da critiche⁶), che su di esso

³ M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 22; P. BONETTI, *Migrazione e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Rivista Diritto Costituzionale*, n. 2/2020, p. 74.

⁴ Cass. Civ., sez. I, sentenza del 25 novembre 2005, n. 25028.

⁵ Trib. Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917; Trib. Roma, ordinanza del 18 gennaio 2021; Trib. Roma, sentenza del 14 gennaio 2022, n. 76126.

⁶ G. DEL TURCO, M. SAVINO, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in*

poggia un vero e proprio diritto all'ingresso verso chi è stato illegittimamente respinto, per consentire la effettiva possibilità di presentare la domanda d'asilo, finalizzata ai successivi accertamenti sullo status di rifugiato in via amministrativa ed eventualmente giurisdizionale.

Su di un diverso versante si muove invece la sent. Conti, che fa derivare da un non meglio precisato obbligo di "presenza" sul territorio – idoneo a garantire un effettivo, legittimo e attuale interesse ad agire – il differente trattamento processualcivilistico del richiedente protezione internazionale.

Di contro, l'ord. Travaglino enuclea la irrazionalità di tale assunto a partire da un'attenta lettura sistematica del comma 13 dell'art. 35 bis cit., nella più ampia procedura riscritta dal d.l. 13/2017, convertito con modificazioni dalla l. 46/2017. Quel che l'ordinanza stigmatizza è il mancato coordinamento dell'interpretazione di questo frammento del comma 13 con la restante parte della disposizione, in tema di sospensione degli effetti del decreto di rigetto della domanda di protezione internazionale. In altri termini, la riforma del 2017 ha investito un aspetto non secondario riguardo alla presenza del richiedente sul territorio: il mancato automatico effetto sospensivo del decreto di rigetto non definitivo del Tribunale, che invece nella disciplina previgente si estendeva fino al passaggio in giudicato della decisione.

Va inoltre considerato che la presentazione dell'istanza di sospensione può avvenire solamente entro i successivi cinque giorni alla proposizione del ricorso per cassazione, che a sua volta sottoposto al termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del decreto. Questo breve riepilogo dei termini processuali è utile a chiarire che, anche nella più rapida delle attività difensive possibili, «il richiedente asilo potrebbe allontanarsi volontariamente, ovvero essere rimpatriato [...] ben prima della scadenza del termine previsto per la proposizione dell'istanza di sospensione, con la conseguenza che, interpretata la norma nel senso opinato dalle sezioni unite [...], gli verrebbe definitivamente impedito l'accesso alla giustizia nelle forme dell'unico rime-

Italia?, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, gennaio 2020. Gli Autori ritengono criticabile l'orientamento che va affermandosi presso il Tribunale romano, perché "ardita" sarebbe l'interpretazione del diritto internazionale e nazionale vigente. Il Tribunale di Roma fa discendere dalla violazione del principio di non respingimento e del diritto d'asilo il diritto alla riammissione sul territorio, quale tecnica riparatoria in forma specifica del soggetto illegittimamente respinto alla frontiera. Tuttavia è noto come non si sia mai affermata nel diritto vivente la possibilità di fare diretta applicazione dell'art. 10, co. 3; sul piano del diritto internazionale poi il principio di non respingimento non si accompagna all'obbligo (positivo) dello Stato ad ammettere sul proprio territorio i migranti a rischio di *refoulement*.

dio oggi consentito, all'esito dell'abolizione dell'appello e del reclamo» (§ 6.4.1. lett. c).

È dunque del tutto evidente il contro-circuito (il)logico della disposizione, che presuppone la sua stessa rottura affinché sia consentito al richiedente di esercitare il diritto di difesa e garantirgli il diritto al giusto processo, entrambi a loro volta strumentali all'affermazione di un altro diritto (ma sostanziale) inviolabile.

Vi è poi un altro tema che invero entrambe le pronunce trascurano e la cui proliferazione alla luce delle recenti modifiche legislative (d.l. 113/2018; d.l. 130/2020) si è tuttavia palesata in maniera significativa: quello delle procedure accelerate⁷ (art. 28 bis d.lgs. 25/08). Per esse, l'art. 35 bis, co. 3 stabilisce la non operatività, neppure nel corso del primo grado di giudizio, della sospensione automatica dell'efficacia dell'impugnazione del provvedimento della Commissione per il riconoscimento della protezione internazionale (salvo il riconoscimento da parte del Tribunale di gravi e circostanziate ragioni). Siffatto trattamento di sfavore sul piano amministrativo e processuale si estende, per effetto di una serie di rinvii, anche alle ipotesi indicate agli artt. 28 ter, 29 e 29 bis del d.lgs. 25/2008. Tra queste spicca la controversa nozione di «Paesi di origine sicuri»⁸, prevista dall'art. 37 della Direttiva 2013/32/UE che l'Italia mai aveva scelto di recepire fino al d.l. 113/2018. La moltiplicazione delle procedure accelerate, in effetti, introduce un numero eccessivo di eccezioni alla regola generale⁹ della procedura ordinaria e realizza conseguenze specifiche per la questione qui sollevata, dal momento che il richiedente potrebbe essere allontanato dal territorio ben prima che sia pronunciato il decreto non definitivo del Tribunale.

Il giudice delle leggi potrebbe ritenere opportuno soffermarsi anche sulla circostanza che lo stesso comma 13 non riproduce al suo interno l'inciso sul possibile rilascio della procura consolare. Questa omessa previsione legislati-

⁷ In tema N. MORANDI, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28-bis d.lgs. 25/2008*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2020, pp. 146-191.

⁸ In tema F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2019, pp. 147-188.

⁹ Sul ribaltamento tra regola (procedura ordinaria) e eccezioni C. CORSI, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *Federalismi.it, focus human rights*, n. 23/2020, p. xxxv.

va presta il fianco a critiche, giacché, calata nella complessa trama della “so-spensiva”, ha l’effetto di espandere il numero di richiedenti a cui è inibito il diritto a tutti i rimedi previsti dall’ordinamento. Il sacrificio della inammissibilità avrebbe dovuto essere invece compensato dalla corrispettiva possibilità di rilasciare quantomeno la procura all’estero nel caso di allontanamento coattivo o volontario a seguito di espulsione.

Si presenta allora alla Consulta un’occasione propizia, anzitutto di chiarire se la presenza sul territorio sia requisito necessario non solo per la presentazione della domanda, ma anche per la decisione definitiva: una precisazione necessaria, visto il ruolo e il valore riconosciuto ai poteri di nomofilachia. Inoltre, ove tale tesi fosse accolta, la Corte Costituzionale potrebbe affrontare anche il problematico confine tra l’asilo costituzionale, le forme della protezione internazionale di cui al d.lgs. 251/2007 e l’ex protezione umanitaria. Al contempo, i giudici costituzionali non potranno fare a meno di prendere posizione sulla questione innescata dal comma 13 cit., ossia se sia legittimamente pronunciata una causa di inammissibilità quando il richiedente non possa assolvere al formalismo richiesto, in quanto non presente sul territorio italiano, per circostanze allo stesso non imputabili e riconducibili all’applicazione delle regole sul soggiorno, ma il suo interesse ad agire è immutato.

3. *Presenza sul territorio e pronuncia inutiliter data: una ragionevole ponderazione?*

Le Sezioni Unite escludono, in relazione agli interessi in gioco e alla peculiare posizione dello straniero richiedente protezione rispetto a quella del cittadino, la irragionevolezza della disposizione che prevede il trattamento diversificato. Quest’ultimo trova giustificazione nel differente e incerto collegamento del richiedente col territorio nazionale, derivante dall’assenza del legame ontologico che appartiene al cittadino: una specificità sostanziale che si riflette anche sul versante processuale, peraltro difficilmente sindacabile, visto che nella ponderazione degli svariati interessi pubblici al legislatore è riconosciuta ampia discrezionalità.

La validità della normativa speciale dev’essere controllata attraverso lo schema della ricorrenza o meno della non manifesta irragionevolezza, un criterio spesso utilizzato dalla Corte Costituzionale con riferimento ai diritti sociali, per chiarire che l’introduzione di regimi differenziati tra i consociati deve sempre trovare una «causa» normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria»¹⁰.

¹⁰ Corte Cost., sentenza del 28 novembre 2005, n. 432.

Non è sufficiente il richiamo di una causa giustificatrice condivisibile (come il regolare funzionamento complessivo del sistema di tutela giurisdizionale innanzi all'organo di ultima istanza), poiché essa deve anche condurre ad una differenziazione di trattamento coerente con la finalità della norma. Se tra esse vi è quella di evitare una pronuncia *inutiliter data*, l'ord. Travaglino dimostra come il formalismo individuato non assicurerebbe il risultato atteso, dal momento che, al termine dei sei mesi assegnati alla Cassazione per pronunciarsi, il richiedente potrebbe aver varcato ugualmente i confini nazionali.

È evidente allora che, se il mezzo prescelto non è utile al raggiungimento dello scopo, la sanzione dell'inammissibilità si presenta come conseguenza gravosa, ultronea e incoerente, agli effetti di una normativa che ha ampliato lo spettro delle cause di allontanamento prima di giungere alla decisione definitiva, né prevede il rilascio di una procura consolare. Si possono immaginare requisiti sicuramente più coerenti con il fine dedotto, come quello – suggerito appunto dal giudice remittente – di disporre l'obbligo, per il difensore, di attestare in prossimità della data di fissazione dell'udienza di discussione in Cassazione la presenza del ricorrente nel territorio dello Stato.

Viceversa, la norma censurata vira verso una presunzione generale e assoluta di disinteresse all'azione che invece l'art. 24 non solo assicura a tutti per tutelare diritti e interessi legittimi, ma di cui riconosce la inviolabilità in ogni stato e grado del procedimento. Si tratta di un diritto che il legislatore può sì indirizzare verso un uso adeguato ma non gravare di modalità e oneri che l'ostacolano fino al punto da renderlo impossibile.

Quanto poi alla prospettata violazione del principio di effettività, guidato da quello di equivalenza¹¹, l'asseverazione introdurrebbe a parere del giudice *a quo* un ostacolo all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale e ridonderebbe in disparità di trattamento, così determinando un accesso differenziato alla tutela giurisdizionale in ragione dello *status* di una determinata categoria di stranieri.

La Corte di Giustizia, in forza dell'art. 47 della Carta dei diritti UE, ha chiarito che «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di diritto interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o ec-

¹¹ Sull'opportunità di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia fondato sul principio di equivalenza dell'art. 35 bis in riferimento alla soppressione del reclamo F. CORVAJA, *Lo straniero e i suoi giudici*, in *Rivista Diritto Costituzionale*, n. 2/2020, p. 178 s.

cessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)»¹².

La verifica *de qua* spetta anche al giudice nazionale, che nel caso di specie ha individuato nell'ordinamento, tra i giudizi affini a quello di protezione internazionale, quello di apolidia e quello più "vicino", riguardante il riconoscimento del diritto a ottenere la ex protezione umanitaria, che, se proposto disgiuntamente ed esclusivamente dalla protezione internazionale, seguirebbe il rito ordinario dell'art. 281-bis c.p.c. o quello sommario di cognizione, ex artt. 702-bis e ss. Per entrambi non è prevista alcuna procura con certificazione speciale della data a pena di inammissibilità del ricorso per cassazione.

Non può che essere condiviso allora il giudizio dei primi commentatori¹³ delle due pronunce, secondo i quali la specialità della procedura sulla protezione internazionale dovrebbe mirare ad ampliare e non a ridurre il novero delle garanzie sottese al diritto d'asilo e al succedaneo divieto di respingimento.

Non va infine trascurata la sensibilità mostrata dai giudici delle leggi, nell'ultimo anno, sull'interpretazione del principio di eguaglianza illuminato dalla pari dignità sociale del richiedente asilo. Riprendendo l'argomentazione già sviluppata nella sent. 249/2010, è stato ribadito che il legislatore può sì valorizzare le esistenti differenze tra cittadino e non cittadino, ma non può «porre gli stranieri (o, come nel caso di specie, una certa categoria di stranieri) in una condizione di "minorazione" sociale senza idonea giustificazione e ciò per la decisiva ragione che lo *status* di straniero non può essere di per sé considerato "come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi"»¹⁴.

4. Considerazioni conclusive

L'esame complessivo delle singole parti della disposizione oggetto di scrutinio e le restanti parti dell'art. 35 bis (su tutte l'udienza eventuale e

¹² CGUE (Quarta Sezione), sentenza del 26 settembre 2018, *X e Y contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-180/17, ECLI:EU:C:2018:775

¹³ L. MINNITI, M. FLAMINI, *La certificazione dell'autenticità della data di rilascio della procura da parte del difensore per i soli procedimenti in materia di protezione internazionale: ragionevolezza e conformità a Costituzione degli elementi di "specialità" della norma*, in *Questione Giustizia*, 1° luglio 2021.

¹⁴ Corte Cost., sentenza del 5 agosto 2020, n. 186.

l'eliminazione del reclamo in appello), evidenzia un indebolimento del diritto d'azione e difesa del richiedente asilo. Nel caso specifico qui trattato il diritto a un rimedio effettivo, da intendersi sia come concreta possibilità di ricorrere al giudice superiore che come diritto al contraddittorio, è minacciato dalla scure della irregolarità cui è proiettato il richiedente dopo l'esito del primo grado di giudizio e di diniego dell'istanza di sospensione. Al richiedente, divenuto a tutti gli effetti un irregolare, ove rimpatriato, non è solo preclusa la possibilità di interloquire *nel* processo, ma anche quella di ottenere il riesame della domanda, secondo l'approccio formalistico suggerito dalla sent. Conti.

Al di là dei confini del *petitum* qui brevemente tracciati, la Consulta non potrà spingersi fino a toccare il problema delle cause del «travasamento delle impugnazioni in materia di protezione internazionale»¹⁵ dalle Corti d'Appello alla Cassazione. Una questione che chiaramente incide sui due profili discussi: da un lato, la funzionalità dell'organo supremo e le esigenze di economia della giustizia; dall'altro, il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza dinanzi alla Cassazione, alla luce della complessità dell'accertamento del fatto che mal si concilia con i motivi di ricorso di cui all'art. 360 c.p.c.. Tali profili attengono all'opportunità legislativa sull'organizzazione del modello di giustizia e alla eterogenesi dei suoi fini, ma esulano dalla presente riflessione.

¹⁵ Corte Suprema di Cassazione, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, 31 gennaio 2020, p. 19, che così commenta il dato statistico della riduzione dei procedimenti civili dinanzi le corti d'appello.

