



ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Quaderni

6

Strengthening the European Union through the European Citizenship and the Rule of Law

Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte

a cura di

MICHELE MESSINA

EDITORIALE SCIENTIFICA

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Quaderni

Collana diretta da

CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

6

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Quaderni

Collana diretta da

CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

Comitato scientifico

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgogue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

Criteri di referaggio

I volumi inseriti nella Collana *Monografie* della rivista *Ordine internazionale e diritti umani* sono preliminarmente sottoposti alla valutazione della Direzione circa l'attinenza del tema trattato con quelli oggetto della rivista. Ciascun lavoro sarà successivamente valutato in forma assolutamente anonima da tre *referees*, che a maggioranza decideranno sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione. Non sono sottoposti a tale procedura i lavori di Professori emeriti e di Professori ordinari in quiescenza dei settori scientifico-disciplinari di riferimento.

**STRENGTHENING
THE EUROPEAN UNION THROUGH
THE EUROPEAN CITIZENSHIP
AND THE RULE OF LAW**

**CITTADINANZA E STATO DI DIRITTO
PER UN'UNIONE EUROPEA PIÙ FORTE**

A cura di
Michele Messina

Editoriale Scientifica



Co-funded by
the European Union



Volume pubblicato con il contributo dei fondi del Progetto Jean Monnet Module "EU CREW European Citizenship and Rule of Law: Promoting our European way of life" (Erasmus+ Programme - Jean Monnet Action, finanziato dalla Commissione europea, Project number 101047537).

Co-funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union of the European Education and Culture Executive Agency/EACEA. Neither the European Union nor EACEA can be held responsible for them.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright dicembre 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.

Via San Biagio dei Librai, 39

80138 Napoli

ISBN 979-12-235-0133-7

INDICE

Lina Panella <i>Presentazione</i>	7
Michele Messina <i>Introduction</i>	11

PARTE I CITTADINANZA EUROPEA E STATO DI DIRITTO

Maria Caterina Baruffi <i>La cittadinanza dell'Unione europea e la circolazione degli status familiari</i>	17
Angela Di Stasi <i>Dimensioni attuali e "frontiere" di una cittadinanza nazionale under evolution e di una cittadinanza europea under stress</i>	41
Alberto Marchese e Aurora Vesto <i>Stato di diritto e principio di ospitalità: minori stranieri non accompagnati e tutela della salute</i>	67
Giuseppe Morgese <i>Il contrasto alla disinformazione originata da ingerenze straniere nell'Unione europea</i>	89
Paola Mori <i>Gli strumenti di garanzia dello Stato di diritto e dei valori dell'Unione europea tra politica e diritto</i>	131
Sara Tonolo <i>Rule of Law e diritto internazionale privato dell'Unione europea</i>	147

PARTE II
IMMIGRAZIONE E SICUREZZA INTERNA

Marco Borraccetti <i>Alcune possibili criticità nell'attuazione del nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo</i>	175
Giovanni Cellamare <i>Variabili e prassi dei concetti di Stato terzo sicuro</i>	195
Giulia Colavecchio <i>Profili critici del trattenimento nelle nuove procedure di frontiera</i>	225
Alessia Di Pascale <i>L'attuazione della protezione temporanea nell'Unione europea: questioni giuridiche aperte e prospettive</i>	245
Chiara Feliziani <i>La tutela del migrante tra procedimento e processo amministrativi</i>	265
Francesco Martines <i>L'accesso degli stranieri al patrocinio a spese dello Stato</i>	283
Emanuela Pistoia e Francesca Di Matteo <i>Ossimori e altri azzardi ai confini interni nelle modifiche al Codice frontiere Schengen</i>	309
Anna Pitrone <i>Il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'UE: dagli orientamenti della Commissione europea alla proposta di una nuova direttiva</i>	341

PRESENTAZIONE

*Lina Panella**

Il volume raccoglie i risultati di una ricerca interdisciplinare condotta nell'ambito del modulo Jean Monnet, finanziato dalla Commissione europea, dal titolo "Strengthening the European union through the european citizenship and the rule of law - Cittadinanza e stato di diritto per un'Unione europea più forte" che si è svolto presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina.

L'opera, risultato della collaborazione di studiosi di diritto internazionale ed europeo provenienti da numerose Università italiane, si arricchisce dell'apporto di contributi di cultori di altre discipline per meglio sottolineare i molteplici aspetti e le diverse sfaccettature di un prisma complesso e in costante evoluzione.

In continuità con gli incontri che si sono tenuti nello svolgimento del Modulo, il volume, senza alcuna pretesa di completezza, analizza alcuni temi sui quali maggiormente si incentra il dibattito per valutare l'efficacia delle politiche europee e nello stesso tempo tenta di proporre future soluzioni.

Nella prima parte si esplorano le potenzialità della cittadinanza europea a più di vent'anni dalla sua consacrazione normativa con il Trattato di Maastricht ed il suo rapporto, sempre più controverso, con la cittadinanza nazionale, alla ricerca di un equilibrio che sempre più fluido.

La concessione o revoca da parte dello Stato nazionale della cittadinanza, hanno conseguenze anche per quanto riguarda il riconoscimento e la circolazione degli *status* di famiglia all'interno dell'UE. In questa prospettiva lo scritto di Maria Caterina Baruffi, evidenzia la complessa interazione tra il diritto dell'UE e la legislazione nazionale in materia di famiglia, in particolare in ambiti quali il matrimonio, le unioni registrate e la filiazione. L'esame di alcuni *leading cases* della CGUE in materia di coppie dello stesso sesso o di bambini nati con il ricorso alla PMA permettono all'Autrice di individuare le sfide e i limiti dalle persone nell'esercizio del loro diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione.

Il difficile equilibrio tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea è analizzato da Angela di Stasi, che nel suo lavoro, fornisce un'analisi critica della cittadinanza dell'Unione Europea esaminandone l'evoluzione nel più

* Professoressa di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

ampio processo di integrazione europea, mettendo in discussione le dimensioni attuali e “frontiere” della cittadinanza sia nazionale che europea, considerando la prima come permanentemente “in evoluzione” e la seconda “sotto stress”, a causa *inter alia*, della Brexit, delle ricorrenti “emergenze” migratorie, e della crisi economica e sociale in corso.

La cittadinanza, intesa come diritto fondamentale dell’individuo, rappresenta un pilastro importante dello stato di diritto, e come tale deve essere tutelata e garantita all’interno dei singoli Stati. Nello scritto di Alberto Marchese ed Aurora Vesto si analizzano le implicazioni giuridiche e sociali del “principio di ospitalità” in Italia nei riguardi dei minori stranieri non accompagnati, in particolare la tutela della loro salute. Esaminando l’evoluzione della normativa nazionale e sovranazionale, gli Autori sottolineano l’importanza di salvaguardare gli interessi superiori di questi individui vulnerabili, garantendo la loro inclusione nella società in cui hanno scelto di vivere.

Una minaccia significativa per la integrità della democrazia europea e dello Stato di diritto è dovuta, molto spesso alla disinformazione. Il problema viene affrontato da Giuseppe Morgese che esamina il complesso rapporto tra tutela della libertà di espressione e lotta alla disinformazione, evidenziando il confine sottile tra discorso legittimo e dannosa manipolazione. Il lavoro approfondisce gli sforzi dell’UE per contrastare la disinformazione, in particolare nell’ambiente online, concentrandosi su misure normative e sui codici di condotta rivolti alle piattaforme e ai social network, esaminando inoltre l’impatto dell’ingerenza straniera sui media tradizionali che costituiscono una sfida che l’UE deve affrontare bilanciando la lotta alla disinformazione con la preservazione dei diritti fondamentali e dei valori democratici.

Lo scritto di Paola Mori esamina misure poste in essere dall’Unione europea per salvaguardare lo Stato di diritto e i valori fondamentali, con una esegesi approfondita dell’art.7 TUE, di cui vengono messe in evidenza le criticità e le difficoltà di applicazione. L’Autrice esamina inoltre gli strumenti di “soft law” che l’Unione ha adottato e che pongono in rilievo l’attività di monitoraggio e il ruolo delle raccomandazioni. Ampio spazio viene dato dall’Autrice all’attività della CGUE che svolge un ruolo fondamentale nell’affermazione dei valori dell’UE e della difesa dello Stato di diritto, soprattutto attraverso le procedure di infrazione e le pronunce pregiudiziali.

La prima parte del volume si conclude con lo scritto di Sara Tonolo che si sofferma sul rapporto tra stato di diritto e diritto internazionale privato, sottolineando le difficoltà di adeguare le norme di diritto internazionale privato ai principi dello Stato di diritto. A conferma di quanto affer-

mato, l'Autrice analizza specifiche normative in materia di giurisdizione, riconoscimento delle sentenze, e scelta della legge, evidenziando potenziali conflitti con i sistemi giuridici nazionali e mettendo in evidenza lo sforzo della CGUE per garantire l'armonizzazione dei sistemi di diritto internazionale privato.

La seconda parte del volume affronta altri temi di cruciale importanza per il futuro dell'Unione europea quali l'immigrazione e la sicurezza interna. Marco Borraccetti, nel suo scritto, fornisce un'analisi critica del Patto Europeo sulla migrazione e asilo, adottato nel 2023, con l'obiettivo di superare le sfide esistenti nella gestione dell'asilo e nella lotta all'immigrazione irregolare. L'Autore si sofferma sulle conseguenze del Patto sui diritti dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale, richiamando la necessità di un approccio globale che possa trovare un giusto bilanciamento tra la lotta al traffico di migranti e la salvaguardia dell'assistenza umanitaria.

L'aspetto specifico del concetto di "paese terzo sicuro" è oggetto dell'approfondito studio di Giovanni Cellamare che ne sottolinea le implicazioni giuridiche e le sfide pratiche. Dopo aver messo in evidenza l'evoluzione della nozione in oggetto, l'Autore si sofferma in modo critico sulla normativa italiana sul "Paese d'origine sicuro", evidenziandone i problemi più rilevanti quali i tempi limitati per i ricorsi e la mancanza di una motivazione dettagliata nelle decisioni di rigetto.

L'esame di alcuni aspetti specifici del Patto continua nello scritto di Giulia Colavecchio che si occupa del problema della detenzione dei migranti analizzando il quadro giuridico e l'impatto sui diritti fondamentali dei richiedenti asilo. L'Autrice, dopo l'analisi delle nuove procedure alle frontiere introdotte dal Patto evidenzia l'aumento del rischio di detenzione generalizzata alla frontiera, aggravato da alcuni fattori quali la finzione giuridica del "non ingresso" o il potenziale ricorso alla detenzione durante le situazioni di crisi.

La risposta dell'Unione europea di fronte alla crisi dell'Ucraina è l'oggetto del lavoro di Alessia Di Pascale.

Analizzando il quadro normativo e le implicazioni pratiche della direttiva UE sulla protezione temporanea (TPD), l'Autrice, dopo aver approfondito le origini storiche del rifugio temporaneo, esamina le misure specifiche adottate nel caso ucraino mettendo in evidenza questioni aperte e prospettive future, in particolare per quanto riguarda lo sviluppo della politica dell'asilo in Europa.

La tutela dei diritti dei migranti nel quadro dei procedimenti amministrativi e dei procedimenti giudiziari in Italia è oggetto dei lavori di Chiara Feliziani e Francesco Martines. Nel primo lavoro, dopo aver esaminato la

crescente influenza del diritto europeo e internazionale sull'ordinamento amministrativo italiano, in particolare per quanto riguarda l'accesso alla giustizia dei migranti, si esamina il ruolo dell'amministrazione giudiziaria nel garantire a costoro una protezione effettiva, colmando le lacune legislative e le carenze amministrative. Nel suo lavoro l'Autrice si sofferma sulla necessità di un sistema multilivello di assistenza legale che possa conciliare gli interessi nazionali con gli standard internazionali sui diritti umani.

Del problema specifico del diritto degli stranieri all'accesso al patrocinio a spese dello Stato in Italia si occupa Francesco Martines che dopo aver esaminato l'evoluzione della normativa italiana sul gratuito patrocinio, approfondisce i requisiti specifici per l'accesso legale degli stranieri sottolineando l'importanza di garantire che le barriere linguistiche o la mancanza di conoscenza dell'ordinamento giuridico italiano non siano di ostacolo all'esercizio del loro diritto alla difesa.

Emanuela Pistoia e Francesca Di Matteo, nel loro lavoro, analizzano le recenti modifiche al Codice Frontiere Schengen, soffermandosi sulle implicazioni giuridiche del rafforzamento dei controlli di polizia alle frontiere interne e sull'introduzione di una nuova procedura uniforme di trasferimento per i cittadini di paesi terzi e mettendo in evidenza i rischi derivanti dall'uso di nuove tecnologie, come i riconoscimenti facciali.

Il volume si conclude con uno scritto di Anna Pitrone che fornisce un'analisi dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea contro l'immigrazione clandestina, dal "pacchetto agevolazioni" del 2002 alla proposta di una nuova direttiva nel 2023. Dopo un'analisi della definizione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, l'Autrice si sofferma sui tentativi di riforma della legislazione europea e l'adozione di linee guida da parte della Commissione Europea nel 2020, sottolineandone i limiti nell'affrontare le ambiguità e le lacune della legislazione esistente. Anche la proposta di direttiva, che mira ad aggiornare e rafforzare il quadro giuridico chiarendo la distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e assistenza umanitaria, presenta, a parere dell'Autrice, alcune criticità soprattutto per quanto riguarda una adeguata protezione dei diritti dei migrantim non incidendo sul difficile equilibrio tra lotta al contrabbando dei migranti e salvaguardia dell'assistenza umanitaria.

L'esame, certamente sommario, dei singoli contributi che compongono questo corposo volume, dà comunque la dimensione della sua rilevanza scientifica, costituendo una base utile di inquadramento sistematico di problemi e fattispecie giuridiche che devono essere occasioni di successivi approfondimenti.

INTRODUCTION

*Michele Messina**

European Citizenship, the Rule of Law, Immigration and Internal Security were the key topics around which the Jean Monnet Module “EU CREW – European Citizenship and Rule of Law: Promoting our European way of life” developed its activities funded by the European Commission. Those topics have been the object of several seminars organized by the members of the Module Team, culminated in the four sections of the Conference which presented the results of the analysis and reflections conducted by the Module Team and the different academics who contributed to such a fruitful event. The idea to cover those areas of EU Law originated from the necessity to give a new impetus to the process of European integration as an answer to the increasing nationalisms at Member States’ level.

European Citizenship, far from being comparable with that of Member States, has been established as a tool to legitimize the further development of the European integration process¹. It is not surprising, in fact, that the idea of conferring certain rights on Member State nationals as citizens of the supranational entity grew up in parallel with proposals to bring together the various integration paths into a single European Union². European Citizenship has become over the years one of the most important landmarks achieved by the European integration process as a whole, comparable to the Monetary Union, to say the least. Such a *status* has been instrumental to the construction of a more solid and defined European identity, whose vicissitudes nevertheless ended up with influencing also those of the European Citizenship itself, which experienced important ups and downs often determined by different lines of jurisprudence in the case law of the Court of Justice of the EU difficult to reconcile³. The importance of Euro-

* Professor of European Union Law, University of Messina, and Module Leader of the Jean Monnet Module EU CREW.

¹ See, F. DE WITTE, *The end of EU citizenship and the means of non-discrimination*, in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*, 2011, pp. 86 ss.

² See, K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *EU Constitutional Law*, Oxford, 2021, p. 132.

³ Reference here has to be made to that line of jurisprudence of the EU Judge inclined to deny access to social assistance mechanisms by European citizens in a hosting Member State, while affirming, at the same time, in other circumstances, the principle of non-discrimination on grounds of nationality, on one side, and that of solidarity, financial solidarity more specifically, on the other side.

pean Citizenship for the development of the European integration process is also reflected in its recent trends represented, *inter alia*, by the citizenship by investment schemes, also known as “golden passports”. Such schemes erode the principle of sincere cooperation, fairness and non-discrimination, thus undermining the original scope of the European Citizenship, as well as also that of the European integration process as a whole.

The Rule of Law is the backbone of any modern democracy founded on a constitution, as the principles of the separation of powers and of the independence of judges constitute the necessary precondition of any democratic society⁴. It is not surprising, therefore, if the then First Vice-President of the European Commission, Frans Timmermans, back in 2015, affirmed that «the rule of law is part of Europe’s DNA, it’s part of where we come from and where we need to go. It makes us what we are»⁵. The Rule of Law is therefore the cornerstone on which all the other founding values of the EU, enshrined in art. 2 TEU, are based⁶, all of them deriving from the constitutional traditions common to EU Member States. Despite such an indisputable role of the Rule of Law in the development of the European integration process via the construction of an EU legal order based on its own constitution represented by the EU treaties⁷, that same value had to face some important attacks over the years coming from those EU Member States (Poland and Hungary in particular), which, as part of the Union, should otherwise contribute to its promotion; let alone the fact that EU founding values are also supposed to be common to the Member States, pursuant to art. 2 TEU. The EU institutions’ attempts to induce Member States to respect the Rule of Law, through soft law instruments, like the two Commission communications on the strengthening of the Rule of Law within the Union⁸, and hard law tools, like the two regulations es-

⁴ See, C. CURTI GIALDINO, *L’attivazione da parte della Commissione europea dell’art. 7 TUE nei confronti della Polonia per mancato rispetto dello Stato di diritto*, in M. MESSINA (a cura di) *I valori fondanti dell’Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli, 2017, pp. 33 ss., p. 34.

⁵ F. TIMMERMANS, *The European Union and the Rule of Law*, Keynote speech at the Conference on the Rule of Law, Tilburg University, 31 August 2015, p. 2.

⁶ A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law. What it is, What has been done, What can be done*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2014, pp. 59 ss.

⁷ See, *inter alia*, Judgment of 23 April 1986, Case 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, para 23, where the Court of Justice defined the then EEC Treaty «the basic constitutional charter».

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council *on Further strengthening the Rule of Law within the Union - State of play and possible next steps*, COM (2019) 163 final; and, the communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European

tablishing conditionality regimes⁹, are probably going in the right direction, although their effectiveness is still to be fully proved in practice.

EU policies on immigration and internal security are complementing each other in order to ensure a truly area of freedom, security and justice, where the free movement of EU citizens in the territory of the Union is better guaranteed through more effective control policies at EU external borders. Such policies also pursue another important objective, consisting in ensuring free movement to those non-EU Member States' nationals once they entered the EU territory with a lawful *status*; in fact, once they establish themselves in the EU, they become themselves an integral part of the whole European integration process. Unfortunately, in the last decade or so, a good number of EU Member States started taking a more conservative approach towards immigration policy, showing, on one side, a general lack of solidarity in sharing the burden of immigration between them – which has seen one of its worst expressions in the failure to relocate migrants within the territory of the Union¹⁰ – and, on the other side, showing their continuous opposition to include new credible burden sharing mechanisms in the different reforms of the Dublin system presented by the European Commission. As much as we have seen for the European Citizenship and for the Rule of Law, also EU policies on immigration and internal security have to play a greater role in the European integration process for the future, by promoting a higher degree of solidarity at all levels, as well as also guaranteeing a sufficient degree of legal certainty. The purpose of the Jean Monnet Module EU CREW went exactly in this direction and the contributions of the eminent academics published here are a tangible example.

Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions *on Strengthening the rule of law within the Union - A blueprint for action*, COM (2019) 343 final.

⁹ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council on 16 December 2020 *on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*, OJ L 433/1; and, regulation (EU) 2021/1060 of the European Parliament and of the Council of 24 June 2021 *laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund and the European Maritime, Fisheries and Aquaculture Fund and financial rules for those and for the Asylum, Migration and Integration Fund, the Internal Security Fund and the Instrument for Financial Support for Border Management and Visa Policy*, OJ L 231/159.

¹⁰ Reference here is made to the two relocation Decisions, 2015/1523 and 2015/1601, adopted by the Council in 2015.

PARTE I

CITTADINANZA EUROPEA E STATO DI DIRITTO

LA CITTADINANZA DELL'UNIONE EUROPEA E LA CIRCOLAZIONE DEGLI STATUS FAMILIARI

*Maria Caterina Baruffi**

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La circolazione delle coppie *same-sex*: il caso *Coman*. – 3. *Segue*. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. *Segue*. Considerazioni critiche. – 5. La circolazione dei figli nati da coppie *same-sex*: il caso *V.M.A.* – 6. *Segue*. La sentenza della Corte di giustizia. – 7. *Segue*. L'ordinanza della Corte di giustizia nel caso *Obywatelskich*. – 8. Cenni conclusivi.

1. *Cenni introduttivi*

La cittadinanza dell'Unione europea, a tre decenni dall'introduzione¹, non smette di rivelare le sue potenzialità.

Se finora essa è stata intesa come portatrice di diritti – e quindi come fondamento della costruzione europea di valori comuni –, minore attenzione è stata dedicata al suo presupposto, ovvero la cittadinanza nazionale, quasi che debba sussistere una corrispondenza biunivoca e completa tra le due.

I primi dubbi sono sorti, come noto, a partire dalla giurisprudenza formatasi in tema di perdita della cittadinanza nazionale e delle sue conseguenze riflesse sul godimento dei diritti propri dell'Unione². In realtà, si è sempre trattato di situazioni in cui il diritto dell'Unione europea operava come limite alla possibilità per uno Stato membro di revocare la cittadinanza nazionale con conseguente perdita della cittadinanza UE e quindi della capacità di esercitare i diritti ad essa connessi³.

Il punto di partenza attiene al diritto di famiglia, vale a dire quello più

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bergamo.

¹ Si vedano i documenti pubblicati dalla Commissione il 6 dicembre 2023 nell'ambito del “*Citizenship Package 2023*”. In dottrina, cfr. A. ADINOLFI, *La cittadinanza dell'Unione a trent'anni da Maastricht: la difficile costruzione di una dimensione politica*, in *Eurojus*, 2024, p. 1 ss., reperibile *online*.

² Sul punto si vedano i contributi apparsi in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023.

³ Sia consentito il rinvio a M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea cit.*, p. 347 ss., anche per gli opportuni riferimenti dottrinali.

estraneo al diritto dell'Unione quanto a competenze⁴, ma anche il più sensibile, riguardando il diritto fondamentale alla libera circolazione delle persone. Il riferimento è alla circolazione degli *status*, obiettivo della libertà di circolare, ma il cui possesso, in base alle singole normative nazionali, ne costituisce la premessa.

Due in particolare sono le situazioni nelle quali ciò si può verificare. Si tratta dell'esercizio dei diritti di libera circolazione da parte, in primo luogo, delle coppie dello stesso sesso all'interno dell'Unione e, in secondo luogo, dei minori, figli di coppie dello stesso sesso⁵. In entrambi i casi la Corte di giustizia è intervenuta rispettivamente con due storiche sentenze: *Coman* del giugno 2018⁶ e *V.M.A.* del 14 dicembre 2021⁷, fornendo impor-

⁴ Nell'affrontare le suddette tematiche non saranno presi in considerazione i diritti sostanziali alla base dello *status* personale in discussione, vale a dire rispettivamente quello di coniuge e di figlio, non detenendo l'Unione europea competenza nel settore del diritto materiale di famiglia (sul punto sia consentito rinviare a M.C. BARUFFI, *Le competenze dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia*, in *Rivista AIAF*, 2022, p. 280 ss.). Essa può infatti intervenire solo in relazione agli aspetti di diritto internazionale privato delle relazioni familiari transfrontaliere, per il tramite della base giuridica di cui all'art. 81, par. 3, TFUE. È proprio in forza di tale disposizione che, nel campo della seconda situazione sopra menzionata, vale a dire la filiazione, la Commissione europea ha adottato, il 7 dicembre 2022, una proposta di regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra Stati membri (Commissione europea, *Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione*, COM(2021) 695 definitivo del 07/12/2022), pur senza interferire con la competenza degli Stati membri per quanto riguarda la regolamentazione della filiazione e l'accertamento di tale *status* (ci si permette rinviare a M.C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Famiglia e diritto*, 2023, p. 535 ss.

⁵ Negli ultimi anni le istituzioni UE stanno rivolgendo particolare attenzione alla tutela dei diritti delle persone LGBTIQ in situazioni transfrontaliere, alla luce dei diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come risulta dalla *Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025* che la Commissione europea ha presentato alla fine del 2020: Comunicazione della Commissione, *Unione della parità: Strategia per la parità LGBTIQ 2020-2025*, COM(2020) 698 definitivo del 12 novembre 2020. Si veda anche il *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions under article 25 TFEU on progress towards effective eu citizenship 2020-2023*, Brussels, 6 dicembre 2023, COM(2023) 931 final, p. 21 e p. 26 dove si fa riferimento al caso *V.M.A.* (v. *infra*, nota 7).

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Relu Adrian Coman e altri c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385. Nell'ampia dottrina su questo caso si vedano, ad esempio, G. ROSOLILLO, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, 08/07/2018; I. SUMNER, *Groundbreaking decision or a tiny tremor? The Court of Justice decision in Coman*, in *Netherlands Private International Law*, 2018, p.

tanti chiarimenti sulla portata di tali diritti, nonostante, in concreto, sussistano tuttora significative difficoltà, che pregiudicano l'effettiva attuazione dei principi espressi dalla Corte⁸.

2. La circolazione delle coppie same-sex: il caso *Coman*

Il contesto nel quale si colloca il caso *Coman* è relativo al ricongiungimento familiare, quale corollario della libera circolazione garantita dal diritto dell'Unione europea, ed è quindi opportuno, in via preliminare, dedicare qualche breve cenno a tale quadro giuridico, nonostante la Corte di

469 ss.; J.J. RIJMA, *You Gotta Let Love Move*. CGUE 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*, Hamilton, *Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 324 ss.; D.V. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, *After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts*, in *Maasticht Journal of European and Comparative Law*, 2020, p. 549 ss.; D.V. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, *Same-Sex Spouses: Più libertà di circolazione, ma il matrimonio? Coman*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 227 ss. Si veda anche A. TRYFONIDOU, R. WINTEMUTE, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU (Ostacoli alla libera circolazione delle famiglie arcobaleno nell'UE)*, Studio PE 671.505, marzo 2021.

⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.*, ECLI: EU:C:2021:100, conosciuta anche come *Pancharevo*, per il nome del distretto del Comune interessato. Per un commento v. N. CHIRICHALLO, *La libera circolazione delle persone e la (quasi) libera circolazione dello status di figlio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 543 ss.; M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, p. 1098 ss.; EAD., *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, p. 13 ss.; O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello "status" di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza "Pancharevo"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss.; M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 591 ss.; A. TRYFONIDOU, *The ECJ recognises the right of rainbow families to move freely between EU Member States: the VMA ruling*, in *European Law Review*, 2022, p. 534 ss.; nonché L. RICCARDI, *La cittadinanza dell'Unione come strumento di tutela dei minori nel contesto di famiglie omogenitoriali: verso un'erosione della competenza statale in materia di famiglia*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea cit.*, p. 409 ss. Ad essa ha fatto seguito l'ordinanza della Corte di giustizia, del 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, ECLI:EU:C:2022:50, relativa ad un caso analogo (v. *infra*, par. 7).

⁸ Sul caso *Coman*, v. *infra*, par. 4. Per quanto concerne il caso *V.M.A.* sia consentito rinviare a M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione cit.*

giustizia si sia concentrata sul solo art. 21 del TFUE, dato che ad essere riguardato era un cittadino dell'Unione, che faceva ritorno nel suo Stato membro di origine.

Le coppie sposate che beneficiano del diritto al ricongiungimento familiare sono quelle formate da un cittadino dell'Unione e da un cittadino di un Paese terzo; infatti, secondo la direttiva 2004/38⁹, i familiari di cittadini dell'Unione «non aventi la cittadinanza di uno Stato membro» godono di un diritto di soggiorno derivato (per più di tre mesi) al fine di accompagnare o raggiungere il cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante¹⁰.

Questa situazione va distinta da altre due in cui le circostanze fattuali e le disposizioni applicabili risultano diverse: nella prima, entrambi i coniugi sono cittadini dell'Unione, in quanto beneficiari diretti dei diritti di libera circolazione e di soggiorno ai sensi dei Trattati UE e della direttiva 2004/38 e, pertanto, non è necessario affrontare la questione del riconoscimento del loro matrimonio ai fini del ricongiungimento familiare; nella seconda, entrambi i coniugi sono cittadini di Paesi terzi, i quali non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione all'interno dell'UE, rilevando invece le legislazioni nazionali in materia di immigrazione per quanto riguarda i requisiti per l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro.

I fatti del caso *Coman* sono noti: Adrian Coman, cittadino statunitense e rumeno, lavorava in Belgio e, nel 2010, si era unito in matrimonio con Clabourn Hamilton, cittadino statunitense, in conformità alla legge belga.

I coniugi avevano in seguito deciso di stabilirsi in Romania e, pertanto, il sig. Coman aveva fatto domanda di un permesso di soggiorno a favore del marito affinché potesse risiedere e lavorare in quel Paese come familiare di un cittadino dell'Unione, sulla base dei diritti di ricongiungimento familiare previsti dalla citata direttiva 2004/38.

La richiesta era stata respinta dalle autorità rumene in quanto le unioni tra *partner* dello stesso sesso non sono ammesse (in alcuna forma) dal diritto nazionale. Il conseguente contenzioso era giunto davanti alla Corte costituzionale rumena, che ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione

⁹ 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 soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (...), GU L 158 del 30.4.2004, pp. 77-123, sulla quale si veda la Comunicazione della Commissione del 6 dicembre 2023, *Orientamenti sul diritto di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e delle loro famiglie*, C/2023/1393, in G.U.U.E. del 22 dicembre 2023, serie C, p. 1 ss. In dottrina, cfr. E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, Oxford, 2nd ed., 2019.

¹⁰ Così art. 7, par. 2, direttiva 2004/38.

pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 2, par. 2, lett. a), 3, par. 1, e art. 7, par. 2, della direttiva in esame.

La situazione in cui si trovavano i sigg. Coman e Hamilton in Romania rientra quindi nell'ipotesi più delicata ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione con riferimento ai matrimoni tra persone dello stesso sesso¹¹. Lo Stato membro in questione, non ammettendo alcuna forma di relazione tra persone dello stesso sesso, in qualità di Stato membro ospitante impediva l'effettivo godimento dei diritti di ricongiungimento, rifiutando che il coniuge dello stesso sesso potesse ricongiungersi come familiare a tutti gli effetti¹².

3. Segue. *La sentenza della Corte di giustizia*

Così ricostruito, in sintesi, il contesto normativo e fattuale del caso *Coman*, è utile ripercorrere i principali passaggi argomentativi della decisione della Corte di giustizia, per poi focalizzare l'attenzione sulle problematiche ancora aperte per quanto riguarda l'attuazione pratica di questa sentenza negli Stati membri UE.

In primo luogo, la Corte ha escluso *a priori* l'applicabilità della direttiva 2004/38 nel caso di specie, trattandosi di un cittadino dell'Unione – il sig. Coman – che rientrava nello Stato membro di cui aveva la cittadinanza. La direttiva non conferisce infatti alcun diritto di soggiorno derivato ai cittadini di Paesi terzi che siano familiari di un cittadino dell'Unione nello Stato membro di cui quest'ultimo ha la cittadinanza. Tuttavia, al fine di non lasciare privo di tutela il cittadino UE, la Corte ha fatto riferimento alla propria giurisprudenza¹³, affermando che tale diritto di soggiorno può essere

¹¹ A settembre 2023, sei Stati membri dell'UE non prevedono l'accesso al matrimonio o all'unione registrata per le coppie dello stesso sesso: oltre alla Romania, anche Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia e Slovacchia. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è invece previsto da quattordici Stati membri (Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna, Svezia), mentre altri sette Stati membri prevedono una qualche forma di unione registrata (Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Grecia, Ungheria, Italia). Per maggiori informazioni sui diritti LGBTI nei Paesi europei, consultare le infografiche reperibili al sito Internet <https://www.rainbow-europe.org/>.

¹² Sui diversi approcci seguiti dagli Stati membri dell'UE, cfr. G. NOTO LA DIEGA, *The European approach to recognizing, downgrading, and erase same-sex marriages celebrated abroad*, in G. NOTO LA DIEGA, F. HAMILTON (eds.), *Same-Sex Relationship, Law and Social Change*, London, 2020, p. 33 ss.

¹³ In particolare, Corte di giustizia, sentenza del 14 novembre 2017, causa C-165/16, *Toufik Lounes v Secretary of State for Home Department*, ECLI:EU:C:2017:862; sentenza del

riconosciuto al familiare cittadino di un Paese terzo (in questo caso, il coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione) attraverso l'interpretazione data all'art. 21, par. 1, TFUE. L'efficacia dei diritti conferiti da tale disposizione del Trattato richiede, infatti, che la vita familiare di un cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza (cioè la vita familiare dei sigg. Coman e Hamilton, in qualità di coniugi, in Belgio) possa continuare quando il cittadino (il sig. Coman) faccia ritorno nello Stato membro di origine (la Romania) attraverso la concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare cittadino di un Paese terzo (il sig. Hamilton). Diversamente, il cittadino europeo sarebbe dissuaso dall'esercitare il proprio diritto di libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione¹⁴. Inoltre, le condizioni alle quali tale diritto di soggiorno derivato dovrebbe essere concesso al familiare di un Paese terzo non devono essere più severe di quelle previste dalla direttiva 2004/38, che pertanto si applica analogicamente alla situazione del caso di specie, in cui il sig. Coman ha costruito una vita familiare con il sig. Hamilton durante il periodo di soggiorno effettivo del sig. Coman in Belgio, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della citata direttiva.

A seguito di questa riformulazione preliminare delle questioni pregiudiziali sottoposte, la Corte ha poi esaminato la nozione di «coniuge» come familiare ai fini dell'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2004/38 (tenendo presente, come detto, che essa viene applicata per analogia per interpretare i diritti riconosciuti ai cittadini dell'Unione dall'art. 21, par. 1, TFUE). La definizione di tale concetto non viene fornita dalla direttiva e la Corte è intervenuta per colmare tale lacuna affermando che la nozione è «neutra dal punto di vista del genere e può comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato»¹⁵. Inoltre, la Corte ha sottolineato che l'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2004/38 non fa alcun rinvio alla legislazione nazionale di uno Stato membro in relazione al concetto di «coniuge» come familiare, a differenza del concetto di «partner registrato» che deve essere interpretato in base al diritto nazionale. L'assenza di tale riferimento espresso è stata quindi utilizzata dalla Corte per sostenere che uno Stato membro (nella fattispecie, la Romania) «non può invocare la propria normativa nazionale per opporsi al riconoscimento sul proprio territorio» di un matrimonio omosessuale legalmente contratto in un altro Stato membro «ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno deri-

12 marzo 2014, causa C-456/12, *O. v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v B*, ECLI:EU:C:2014:135.

¹⁴ Corte di giustizia, *Coman*, punto 53.

¹⁵ Corte di giustizia, *Coman*, punto 35.

vato»¹⁶ al coniuge cittadino di un Paese terzo in quanto familiare di un cittadino dell'Unione. In caso contrario, se gli Stati membri potessero rifiutare il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso sulla base della legislazione nazionale, i diritti di libera circolazione previsti dal diritto UE sarebbero esercitati in modo condizionato e in misura diversa nei vari Stati membri (o addirittura preclusi, come nello scenario più problematico di cui sopra), essendo così privati della loro efficacia.

Avendo constatato che il mancato riconoscimento equivale ad una restrizione nei termini appena illustrati, la Corte ha seguito l'approccio consolidato nella precedente giurisprudenza in materia di libertà di circolazione, valutando l'esistenza di giustificazioni oggettive di interesse pubblico e di proporzionalità rispetto all'obiettivo legittimo perseguito dalla legge nazionale.

Per quanto riguarda il primo profilo, la Corte ha ridotto l'ambito di operatività del motivo di ordine pubblico e della clausola di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2 TUE, richiamati da molti Stati membri intervenuti. Ha ribadito chiaramente il limite dell'obbligo di riconoscimento di un matrimonio tra persone dello stesso sesso, funzionale alla concessione di un diritto di soggiorno derivato ad un cittadino di un Paese terzo, quindi al solo fine di consentire l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione, senza imporre agli Stati membri di prevedere, nel loro diritto nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso¹⁷. È questo il punto centrale della sentenza, che limita, come detto, la portata dell'obbligo di riconoscimento imposto agli Stati membri, escludendo qualsiasi finalità diversa da quella della libera circolazione ai sensi del diritto UE. La Corte ha poi aggiunto che qualsiasi restrizione all'esercizio della libertà di circolazione deve essere ulteriormente coerente con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta dell'UE. A questo proposito, tuttavia, ha svolto solo considerazioni sommarie confermando che le relazioni tra persone dello stesso sesso

¹⁶ Corte di giustizia, *Coman*, punto 36.

¹⁷ Ne consegue che le autorità nazionali dispongono di un «margin of discretion within the limits imposed by the Treaties», quale conseguenza del «room for diversity» conferito dalla clausola di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE, come sostenuto da K. LE NAERTS, *National identity, the equality of Member States before the Treaties and the primacy of EU law*, in *Atti della Giornata di Studio tra Corte costituzionale della Repubblica italiana e Corte di giustizia dell'Unione europea "Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali"* (5 settembre 2022), 2022, p. 9 ss.. L'Autore fa riferimento al caso *Coman* come esempio paradigmatico dei limiti di tale margine di discrezionalità, in base al quale «it is for each Member State, according to its own identity, to decide the meaning of the institution of marriage [without going] as far as adversely affecting the free-movement rights of same-sex couples that got legally married in another Member State» (p. 21).

rientrano nella nozione di «vita privata» e «vita familiare» tutelate dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, con lo stesso significato e la stessa portata delle omologhe previsioni di cui all'art. 8 CEDU¹⁸.

Sulla scorta di tali argomenti, la Corte ha concluso che l'art. 21, par. 1, TFUE impone allo Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza di concedere al coniuge dello stesso sesso un diritto di soggiorno di durata superiore a tre mesi, non soggetto a condizioni più rigorose di quelle previste dall'art. 7, par. 2, della direttiva 2004/38¹⁹.

4. Segue. *Considerazioni critiche*

Con la sentenza *Coman* la Corte di giustizia ha potuto interpretare, per la prima volta, la nozione di «coniuge» ai sensi della direttiva 2004/38, sancendo inequivocabilmente l'obbligo di riconoscimento reciproco, tra Stati membri, dei matrimoni *same-sex* ai fini della libera circolazione delle persone nell'UE. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte è stata molto attenta nel circoscrivere il proprio ragionamento all'interno di confini puntuali della libera circolazione, senza invadere il campo delle competenze statali.

A destare più di un dubbio sono sia l'assenza di qualsiasi argomentazione fondata sul principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale sia gli esigui riferimenti alla prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, limitati alla vita privata e familiare, senza che venga valutata la disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali coniugate e quelle dello stesso sesso. Tali aspetti erano stati, invece, presi in considerazione nelle conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet che richiamava la giurisprudenza evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto alla vita familiare tutelato dall'art. 8 CEDU, tale da «condurre a un'interpretazione della nozione di “coniuge” necessariamente indipendente dal sesso delle persone interessate». Di conseguenza, ciò si riflette sull'interpretazione del corrispondente diritto garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, «lasciando al contempo gli Stati membri liberi di autorizzare o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso» nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/38. Ad avviso dell'Avvocato generale, qualora non si accedesse tale interpretazione, si determinerebbe

«una disparità di trattamento tra le coppie sposate a seconda che siano omosessuali o di sessi differenti giacché nessuno Stato membro

¹⁸ Corte di giustizia, *Coman*, punti 47-50.

¹⁹ Corte di giustizia, *Coman*, punto 56.

vieta il matrimonio eterosessuale»,

in modo «inaccettabile tenuto conto della direttiva 2004/38 nonché della Carta, come interpretata alla luce della CEDU»²⁰.

L'approccio più cauto adottato dalla Corte suggerisce quindi che essa abbia inteso astenersi dall'affrontare questioni sensibili che erano state precedentemente trattate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze *Taddeucci e McCall c. Italia*²¹ (in particolare, la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nella legge nazionale sull'immigrazione) e *Oliari e altri c. Italia*²² (dove veniva in considerazione l'obbligo di creare un quadro giuridico specifico – diverso dal matrimonio – per le coppie dello stesso sesso), preferendo concentrarsi sulle argomentazioni strettamente necessarie e fondate solo sulla libera circolazione nel mercato interno piuttosto che sui diritti fondamentali.

Inoltre, la Corte di giustizia ha evidenziato alcune specificità del contesto fattuale del caso *Coman* che non consentirebbero estensioni della portata dei principi affermati nella sentenza in via analogica. Ribadendo in più occasioni che il matrimonio tra il sig. Coman e il sig. Hamilton è stato contratto in uno Stato membro (il Belgio) secondo la legge di tale Stato, durante un periodo di soggiorno *effettivo* di un cittadino dell'Unione in un altro Stato membro, l'attenzione viene concentrata sulla sussistenza del requisito della residenza effettiva. In tal modo si escludono possibili fattispecie di abuso del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione, che si verificerebbero, invece, costruendo in modo artificioso l'elemento transfrontaliero per poter beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare e superare le limitazioni della discriminazione “alla rovescia” rispetto ai cittadini dell'Unione “statici”²³. In un'ottica non dissimile, la considerazione esclusiva, nel ragionamento della Corte, di un matrimonio validamente celebrato in uno Stato membro mira a circoscrivere la portata territoriale dei principi espressi con conseguente esclusione delle casistiche potenzialmente

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet dell'11 gennaio 2018, causa C-673/16, *Relu Adrian Coman e altri c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:2, punti 59-67.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza del 30 giugno 2016, ricorso n. 51362/09, *Taddeucci and McCall v. Italy*, ECLI:CE:ECHR:2016:0630JUD005136209.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD001876611 *Oliari and Others v. Italy*.

²³ Tale ipotesi è stata descritta, in dottrina, come un abuso della c.d. “Europe-route”: così H. KROEZE, *Distinguishing between Use and Abuse of EU Free Movement Law: Evaluating Use of the “Europe-route” for Family Reunification to Overcome Reverse Discrimination*, in N. CAMBIEN, D. KOCHENOV, E. MUIR (eds.), *European Citizenship under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Leiden, 2020, p. 222 ss.

più problematiche in cui il matrimonio omosessuale sia stato celebrato in un Paese terzo.

Infine, ma non meno importante, lo stesso riferimento al riconoscimento ai soli fini del diritto al ricongiungimento familiare implica che il permesso di soggiorno dovrebbe essere concesso al coniuge dello stesso sesso, cittadino di un Paese terzo, unicamente a tale scopo specifico. Il che significa che il coniuge in questione rimarrebbe un cittadino di un Paese terzo legalmente residente in uno Stato membro per qualsiasi altro fine previsto dalla legge nazionale (ad esempio, in materia previdenziale, pensionistica, successoria, di assistenza medica), con il conseguente onere di dover dimostrare che il mancato riconoscimento del suo *status* familiare di coniuge è contrario al diritto dell'UE.

La sentenza *Coman* ha incontrato difficoltà nella sua attuazione nell'ordinamento dello Stato membro interessato. Il mancato rispetto da parte della Romania degli obblighi derivanti dalla pronuncia ha comportato che il signor Hamilton non è stato in grado di ottenere un permesso di soggiorno²⁴, nonostante la Corte costituzionale di quel Paese avesse ritenuto la legittimità costituzionale delle disposizioni nazionali che vietano il matrimonio tra persone dello stesso sesso solo nella misura in cui riconoscono un diritto di soggiorno ai sensi del diritto dell'UE²⁵. Ciò ha portato i sigg. Coman e Hamilton a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il caso è tuttora pendente²⁶.

Anche negli Stati membri che prevedono il riconoscimento giuridico delle *partnership* tra persone dello stesso sesso come unioni registrate (o istituti analoghi), la sentenza *Coman* può essere sul piano formale rispettata, senza tuttavia che su quello sostanziale siano tutelati pienamente i diritti fondamentali dei coniugi interessati, in particolare il diritto alla non di-

²⁴ Si veda *question for written answer E-005164/2021 to the Commission, Subject: Romania's failure to implement the Coman and Hamilton judgment*, 17/11/2021. Il mancato intervento della Commissione europea, almeno finora, è stato oggetto di una lettera indirizzata alla Presidente von der Leyen da alcuni membri del Parlamento europeo che fanno parte dell'LGBTI *Intergroup* del Parlamento europeo, secondo i quali «*the Commission needs to use its powers as Guardian of the Treaties to level legal action if need be and to protect the credibility of the Court*», cioè avviare una procedura di infrazione contro la Romania: cfr. *MEPs write to President von der Leyen on Coman & Hamilton's 4 year non-implementation anniversary*, 07/06/2022, reperibile al sito Internet <https://lgbti-ep.eu/2022/06/07/meps-write-to-president-von-der-leyen-on-coman-hamiltons-4-year-non-implementation-anniversary/>.

²⁵ Corte costituzionale della Romania 18/07/2018, n. 534, reperibile al sito Internet https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/11/Decizia-534_EN.pdf.

²⁶ Corte europea de diritti dell'uomo, ricorso n. 2663/21, *Relu-Adrian Coman e altri* contro la Romania, comunicato il 09/02/2021.

scriminazione basata sull'orientamento sessuale, che, come rilevato, non ha trovato alcuna menzione nella motivazione della Corte. In effetti, in questi Stati il permesso di soggiorno può comunque essere concesso al coniuge cittadino di un Paese terzo dello stesso sesso, ma qualificandolo come *partner* registrato o secondo l'istituto equivalente previsto dalla legge nazionale. Questo *downgrading* può quindi dare luogo a un trattamento differenziato dello *status* familiare tra gli Stati membri, che in passato è stato riconosciuto come un elemento in grado di costituire un ostacolo al godimento dei diritti di libera circolazione dell'UE²⁷. L'Italia, ad esempio, è tra quei Paesi membri che consentono per le persone dello stesso sesso solamente le unioni registrate²⁸ e non i matrimoni. L'applicazione dell'istituto del ricongiungimento familiare disciplinato dalla normativa italiana sull'immigrazione²⁹ viene così estesa anche ai cittadini stranieri dello stesso sesso che siano partner registrati³⁰.

Da parte sua, la Commissione europea nel documento programmatico che delinea la Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ per gli anni 2020-2025 si è impegnata a istituire «dialoghi specifici con gli Stati membri in relazione all'esecuzione della sentenza Coman»³¹ e a intraprendere le necessarie azioni per rimuovere eventuali ostacoli si frapponessero al godimento dei diritti a livello nazionale. Inoltre, nel corso del 2023 si sarebbe dovuto procedere ad una revisione delle linee guida del 2009 sulla libera circolazione, con l'obiettivo di

«rispecchi[are] la diversità delle famiglie e contribuir[e] pertanto ad agevolare l'esercizio dei diritti di libera circolazione per tutte le famiglie, comprese le famiglie arcobaleno»³².

²⁷ Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, ECLI:EU:C:2008:559, punti 22-29, in relazione a una discrepanza nei cognomi.

²⁸ L. 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in G.U. 21 maggio 2016, n. 118.

²⁹ D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, in G.U. 18 agosto 1998, n. 191.

³⁰ Si veda la circolare del Ministero dell'Interno del 05/08/2015, no. 3511 che fornisce le linee guida per il rilascio del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare a seguito dell'adozione della legge 76/2016 sulle unioni registrate tra persone dello stesso sesso, disponibile al sito Internet http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/circ._prot._nr._3511_del_05.08.2016.pdf (06.10.2022).

³¹ *Unione per l'uguaglianza: Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, cit., par. 3.1.

³² *Ibidem*.

Si può quindi affermare che il percorso verso il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso nell'UE ha certamente compiuto un significativo passo avanti grazie alla sentenza *Coman*, nonostante le ancora numerose limitazioni del suo ambito di applicazione.

5. *La circolazione dei figli nati da coppie same-sex: il caso V.M.A.*

La decisione *Coman* ha aperto la strada alla successiva sentenza *V.M.A.* del 14 dicembre 2021³³ nel diverso contesto della genitorialità di coppie dello stesso sesso, trattandosi di una minore, indicata in uno Stato membro dell'Unione europea come figlia di due madri.

Il caso riguardava dunque una coppia di persone dello stesso sesso, nella specie due donne, aventi diversa cittadinanza, una bulgara e l'altra del Regno Unito, residente in Spagna dal 2015, che aveva contratto matrimonio a Gibilterra nel 2018.

Dall'unione era nata in Spagna nel 2019, probabilmente attraverso il ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita³⁴ della fecondazione eterologa, una minore, il cui atto di nascita (spagnolo) indicava le due donne come genitori, senza ulteriori specificazioni in merito a quale fosse la madre biologica.

A seguito del trasferimento della famiglia dalla Spagna in Bulgaria, il 29 gennaio 2020 la madre di nazionalità bulgara chiedeva al Comune di Sofia, distretto Pancharevo, in quanto autorità competente, il rilascio di un certificato di nascita sulla falsariga di quello spagnolo, in cui venissero quindi menzionate entrambe le donne come madri della minore.

Il Comune di Sofia, rilevando che il modello di atto di nascita bulgaro consente l'indicazione di un solo nome per ciascuna delle caselle "madre" e "padre", a febbraio dello stesso anno, richiedeva di indicare quale fosse la madre biologica della minore. La madre cittadina bulgara si rifiutava di fornire tale informazione, determinando il rigetto della domanda, a causa,

³³ V. *supra*, par.1.

³⁴ Negli atti di causa non risulta a quale tecnica di procreazione medicalmente assistita la coppia abbia fatto ricorso. Nonostante la materia non rientri *prima facie* nelle competenze dell'Unione, alla quale non è attribuita la possibilità di intervenire in via legislativa nel campo del diritto di famiglia sostanziale, l'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita incide sulla più tipica e tradizionale dimensione "europea", vale a dire quella del mercato interno, afferendo, come meglio si vedrà, al rapporto tra i diritti fondamentali della persona e la libertà di circolazione alla base dello stesso mercato interno. Sul punto e per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno*, in *La cittadinanza europea*, 2021, p. 230 ss.

oltre che della mancanza di informazioni sull'identità della madre biologica, anche della menzione nell'atto di nascita di due genitori dello stesso sesso, in quanto in contrasto con l'ordine pubblico, non essendo ammesso in quel Paese il matrimonio tra persone *same-sex*.

Avverso il rifiuto del Comune, la cittadina bulgara proponeva ricorso al Tribunale amministrativo di Sofia per violazione del diritto dell'Unione europea e illecita interferenza nella vita familiare.

Secondo il Giudice adito, il rifiuto di rilascio di un atto di nascita dalle competenti autorità bulgare non avrebbe comunque influito sull'acquisizione della cittadinanza bulgara da parte della minore, che avviene automaticamente in virtù dello *ius sanguinis*, in base all'art. 25 della Costituzione bulgara e all'art. 8 della normativa di quel Paese sulla cittadinanza³⁵. Nel caso di specie non poteva essere invocato lo *ius soli*, essendo la minore nata in Spagna, dove tuttavia non aveva acquisito la cittadinanza, in quanto nessuna delle due madri ne è cittadina. Inoltre, essendo la minore nata al di fuori del Regno Unito, non aveva neppure potuto acquisire la cittadinanza della madre britannica. Ne discendeva, sempre ad avviso del Tribunale, che, dovendosi determinare la genitorialità sulla base del certificato di nascita spagnolo, il problema si poneva nel momento del riconoscimento della genitorialità stessa nel diritto bulgaro. Di diversa opinione era il Governo bulgaro, secondo il quale il rifiuto opposto dalle donne di comunicare quale fosse la madre biologica avrebbe avuto come conseguenza l'indeterminatezza dell'identità della stessa, con il risultato di non potersi sapere se ci fosse stata acquisizione della cittadinanza del Paese da parte della minore.

Secondo il Tribunale amministrativo il caso sottoposto poneva problemi in merito alla possibile violazione del diritto fondamentale alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, tutelato dal diritto primario³⁶ e secondario dell'Unione³⁷, ma anche dell'identità costituzionale e nazionale

³⁵ In particolare, in forza dell'art. 8 della normativa bulgara sulla cittadinanza, è sufficiente per l'acquisto della stessa che uno dei due genitori possieda la cittadinanza dello Stato, essendo irrilevante il luogo di nascita del minore. In merito all'acquisto o meno della cittadinanza bulgara da parte della minore, la Corte di giustizia si è rimessa alle conclusioni del giudice remittente (sul punto si vedano in particolare le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna Obsthina, Rayon "Pancharevo"*, ECLI:EU:C:2021:296, punto 31 ss.). Per un commento cfr. S. PEERS, *Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU – A Key issue before the CJEU in V.M.A. v Stolichna Obsthina (C-490/20)*, reperibile al sito Internet eulawanalysis.blogspot.com.

³⁶ Si tratta degli artt. 20 e 21 TFUE e 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³⁷ Il riferimento è sempre alla direttiva 2004/38.

dei Paesi membri dell'Unione *ex art. 4, par. 2, TUE*. Di qui la necessità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art. 276 TFUE*. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia dal giudice nazionale hanno pertanto riguardato l'aspetto della libera circolazione delle persone e, in particolare, l'interpretazione degli artt. 20 e 21 TFUE, nonché degli artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che il bilanciamento tra l'identità nazionale e costituzionale di uno Stato membro e l'interesse superiore del minore, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE³⁸.

6. Segue. *La sentenza della Corte di giustizia*

Per la prima volta la Corte è stata chiamata ad affrontare un caso implicante la controversa questione della filiazione da parte di una coppia dello stesso sesso³⁹. Come ben specificato dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni⁴⁰, si tratta di una questione sempre più frequente nella vita quotidiana ed anche per questo «particolarmente delicata», in ragione del fatto che gli Stati membri detengono competenze esclusive in materia di cittadinanza e diritto di famiglia e che esistono significative differenze in merito allo stato giuridico e ai diritti conferiti alle coppie dello stesso sesso⁴¹.

³⁸ In primo luogo, il giudice nazionale si chiede se il rifiuto delle autorità bulgare di procedere alla registrazione della nascita della minore possa costituire una violazione dei diritti conferiti alla stessa dagli artt. 20 e 21 TFUE, nonché dagli artt. 7, 24 e 45 della Carta. Infatti, tale rifiuto avrebbe potuto rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte della minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione. Alla Corte veniva chiesto anche se, in base agli artt. 4, par. 2, TUE e 9 della Carta, gli Stati membri, ai fini della salvaguardia della loro identità nazionale e costituzionale, dispongano di un'ampia discrezionalità con riferimento alla normativa che disciplina l'accertamento della filiazione. Il giudice bulgaro aveva altresì posto alla Corte di giustizia la questione della possibile incidenza sull'esercizio del diritto alla libera circolazione all'interno degli Stati membri dell'Unione europea dopo l'uscita della Gran Bretagna a seguito di *Brexit* (sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. cit.*, punto 32, n. 2 e n. 3 e punto 37), ma la Corte aveva ritenuto che la provenienza di uno dei genitori da un Paese terzo fosse irrilevante ai fini della decisione del caso in questione (*ivi*, punto 66 ss.).

³⁹ La sentenza è stata salutata come «a positive first step towards the full recognition of rainbow families» (A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of ECJ's V.M.A. ruling*, reperibile al sito Internet europeanlawblog.eu).

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, *V.M.A. cit.*, punto 4.

⁴¹ Il problema è talmente sentito a livello UE che il Parlamento europeo ha commissio-

Basti infatti pensare che, proprio per la rilevanza del tema affrontato, meritevole di approfondita considerazione, pur trattandosi di un procedimento accelerato *ex art.* 105 dello Statuto della Corte, a causa della necessità di garantire la concessione alla minore di un passaporto nel più breve lasso di tempo possibile, la decisione della Corte è intervenuta a distanza di un oltre un anno dalla rimessione del giudice *a quo*, avvenuta il 2 ottobre 2020, e comunque a otto mesi dal deposito delle conclusioni da parte dell'Avvocato generale.

L'Avvocato generale Kokott aveva suggerito di distinguere a seconda che si trattasse o meno di un minore cittadino dell'Unione, in quanto solo nella prima ipotesi sarebbe stato possibile considerare i diritti che l'ordinamento UE attribuisce alla minore, raccomandando di trovare un punto di equilibrio tra l'identità nazionale degli Stati membri e il diritto alla libera circolazione delle parti coinvolte nel procedimento e ricordando che la competenza statale nella materia dello stato civile deve essere esercitata nel rispetto del diritto UE, in particolare del diritto alla libera circolazione⁴². Di conseguenza, la Bulgaria non potrebbe rifiutare il riconoscimento della filiazione con riguardo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, sulla base della motivazione che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è istituito ivi conosciuto, se non invocando, quale controlimite, il rispetto dell'identità nazionale. Quest'ultimo, tuttavia, non rilevarebbe nel caso di specie in quanto, trattandosi dell'applicazione del diritto derivato⁴³, il rilascio del certificato non avrebbe incidenza sulla nozione di filiazione o di matrimonio nel diritto di famiglia bulgaro né avrebbe comportato l'introduzione di nuovi istituti giuridici⁴⁴.

nato uno studio volto ad esaminare gli ostacoli che le coppie dello stesso sesso incontrano nell'esercizio del loro diritto alla libera circolazione a causa delle diverse legislazioni nazionali e gli strumenti dell'Unione europea per rimuovere detti ostacoli: A. TRYFONIDOU, R. WINTEMUTE, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, Study requested by the PETI committee, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 671.505 - March 2021. Sul punto si veda anche la *Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Unione dell'uguaglianza, Bruxelles, 12 novembre 2020, COM(2020) 698 final, dove si legge che per «migliorare la certezza del diritto per i cittadini dell'UE che esercitano i loro diritti di libera circolazione e di garantire un'applicazione più efficace e uniforme della legislazione sulla libera circolazione in tutta l'UE, nel 2022 la Commissione riesaminerà gli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione» al fine di tenere in considerazione «la diversità delle famiglie» (17, par. 3,1). Sul punto si veda meglio *infra*, par. 3.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, *V.M.A. cit.*, punto 77.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, *V.M.A. cit.*, punto 113.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, *V.M.A. cit.*, punto 114.

La Corte, seguendo l'impostazione offerta dall'Avvocato generale, distingue l'ipotesi in cui la minore abbia la cittadinanza di uno Stato membro da quella in cui, invece, ne sia priva, giungendo, tuttavia, in entrambe le situazioni alla medesima conclusione.

Nel caso in cui, come ritenuto dal giudice remittente⁴⁵, la minore possieda la cittadinanza bulgara e, di conseguenza, quella dell'Unione, la soluzione deve essere rintracciata nel diritto primario dell'Unione, in particolare nell'art. 21 TFUE che garantisce ai cittadini UE la libertà di circolare e di soggiornare in Stati membri diversi da quelli di origine, avvalendosi dei diritti connessi.

Passaggio importante nel ragionamento della Corte è l'estensione della possibilità di fruire dell'art. 21 TFUE e del diritto secondario adottato per la sua applicazione, tra cui in particolare la direttiva 2004/38, non solo a chi ha già esercitato la libertà di circolazione e di soggiorno in uno Stato diverso da quello di origine, ma anche a chi non se ne è mai avvalso, essendo nato nello Stato ospitante i genitori⁴⁶, vale a dire coloro che hanno effettivamente esercitato la libertà di circolazione. Ne consegue, secondo la Corte, che in capo agli Stati sussiste l'obbligo di rilasciare ai loro cittadini, ex art. 4 della direttiva 2004/38, un documento di identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza e il loro cognome, secondo quanto risulta dall'atto di nascita emesso nello Stato in cui il minore è nato, senza dover previamente emettere un nuovo atto di nascita⁴⁷. Diversamente, si potrebbe compromettere il diritto del cittadino, minore di età, «di esercitare senza impedimenti», con ciascuno dei due genitori – il cui *status* sia stato accertato dallo Stato membro ospitante e che hanno pertanto l'affidamento della minore – «il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»⁴⁸. Uno Stato non potrebbe quindi invocare il proprio diritto interno per subordinare il rilascio del documento di identità alla previa emissione di un atto di nascita nazionale.

L'art. 21, par. 1, TFUE include tra i diritti riconosciuti ai cittadini UE quello di condurre una normale vita familiare nello Stato membro in cui soggiornano e in quello di cui hanno la cittadinanza, nel caso di ritorno, unitamente ai loro familiari, senza che, in tal modo, si verifichi una violazione dell'ordine pubblico o dell'identità nazionale dello Stato membro, la

⁴⁵ Ad avviso della Corte, l'unico soggetto competente ad effettuare la valutazione relativa alla sussistenza della cittadinanza nazionale è il giudice nazionale (Corte di giustizia, *V.M.A.*, cit., punto 39), rientrando la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza nella competenza degli Stati membri (punto 38).

⁴⁶ Corte di giustizia, *V.M.A.*, cit., punto 39.

⁴⁷ Corte di giustizia, *V.M.A.*, punto 45.

⁴⁸ Corte di giustizia, *V.M.A.*, punto 49.

cui normativa non ammette le unioni tra persone dello stesso sesso e, di conseguenza, non riconosce i rapporti di filiazione tra queste e un minore. Se è vero infatti che l'art. 4, par 2 del TUE garantisce il rispetto dell'identità nazionale, lo è altrettanto che gli Stati non possono, a loro discrezione, determinare unilateralmente, a giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale prevista dal Trattato, la portata dell'eccezione dell'ordine pubblico, che può pertanto essere invocata «solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società»⁴⁹. Ciò, tuttavia, non comporta l'obbligo per lo Stato membro di introdurre nel proprio ordinamento istituti giuridici idonei a recepire quegli *status* acquisiti in altro Stato membro e non conosciuti, se non al solo fine di garantire l'«esercizio dei diritti che (...) derivano dal diritto dell'Unione»⁵⁰. Tali diritti, e in particolare la libera circolazione, potrebbero essere ostacolati da una misura nazionale solo se quest'ultima fosse conforme ai diritti fondamentali contenuti nella Carta e garantiti dalla Corte di giustizia. Situazione che non si verifica nel caso di specie, dove rivestono un'importanza fondamentale l'art. 7 della Carta, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, e l'art. 24 della stessa, relativo al diritto dei minori di veder considerato in modo primario il loro superiore interesse e di intrattenere regolari rapporti con entrambi i genitori. In particolare, l'art. 7, interpretato, secondo quanto disposto dall'art. 52, par. 3 della Carta stessa, in conformità all'omologa norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tutela il rapporto della minore con ognuna delle due persone con le quali ha instaurato «una vita familiare effettiva nello Stato ospitante e che sono menzionate come suoi genitori nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato»⁵¹.

A questo punto però la Corte non si limita all'ipotesi che la minore sia cittadina bulgara, e quindi in possesso della cittadinanza dell'Unione, ma, vista la mancanza di chiarezza sul punto, seppur in via incidentale, ha anche preso in esame la situazione opposta, vale a dire che la minore non sia in possesso della cittadinanza bulgara, ritenendo che comunque la situazione non muterebbe. Nella sua qualità di familiare di una cittadina dell'Unione – nella specie, in base alle risultanze dell'atto di nascita rilasciato dalle competenti autorità dello Stato membro ospitante, di discen-

⁴⁹ Corte di giustizia, *V.M.A.*, punto 55, dove la Corte precisa che la nozione di ordine pubblica «deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione».

⁵⁰ Corte di giustizia, *V.M.A.*, punto 57.

⁵¹ Corte di giustizia, *V.M.A.*, punto 63, che richiama le conclusioni, che richiama le conclusioni dell'Avvocato generale, punto 153.

dente diretta, *ex art. 2, par. 2, lett. c* della direttiva 2004/38, della madre di nazionalità bulgara – la minore deve godere dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1, TFUE in tutti gli Stati membri.

Riecheggia nelle parole della Corte il precedente, relativo sempre agli *status* familiari, della sentenza *Coman*, ripetutamente evocata, in particolare allo scopo di delimitare l'uso da parte degli Stati membri della clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, TUE. Così come *Coman* sanciva la necessità per gli Stati membri di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi in altri Stati membri, ai fini del ricongiungimento familiare, essendo uno dei coniugi un cittadino *extra* UE, con *V.M.A.* si ha un'estensione del riconoscimento del rapporto di filiazione, contenuto nell'atto di nascita redatto dalle competenti autorità di uno Stato membro. Due sono i punti centrali decisi dalla Corte nel caso in esame: da un alto, l'obbligo dello Stato membro di cittadinanza del minore⁵² di rilasciargli un documento di identità, senza che sia necessario che le sue autorità nazionali emanino previamente un altro atto di nascita. Dall'altro, l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il documento formato nello Stato membro ospitante che consente al minore di esercitare con ciascuna delle persone in esso indicate «il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»⁵³.

In entrambe le sentenze, tuttavia, la Corte limita il (mutuo) riconoscimento degli *status* familiari legittimamente acquisiti in uno Stato membro all'esercizio del diritto al ricongiungimento o di circolare e soggiornare nel territorio dell'Unione, anche quando, nel caso di minori, tale diritto non sia stato ancora effettivamente esercitato⁵⁴. In realtà, il portato della sentenza *V.M.A.* riguardo alla tutela dei diritti delle parti coinvolte sembrerebbe più ampio rispetto a *Coman*, aprendo ad un'applicazione in tutte le situazioni in cui siano coinvolti minori, a prescindere dalle circostanze della nascita, per evitare che gli stessi possano subire, per usare le parole della Commissione, discriminazioni

⁵² Quindi la Corte di giustizia considera la minore figlia della cittadina bulgara, perché così c'è scritto sull'atto di nascita spagnolo, sebbene non sia indicata come madre biologica, e di conseguenza la minore ha acquisito cittadinanza bulgara. Le autorità bulgare non possono contestare quell'atto di nascita.

⁵³ Corte di giustizia, *V.M.A.*, punto 69.

⁵⁴ Ciò costituisce uno degli aspetti lasciati «unclear» dalla Corte di giustizia (così A. TRYFONIDOU, *The ECJ recognises the right of rainbow* cit.), oltre a non aver considerato la situazione in cui il certificato provenisse da un Paese terzo e non da un Paese UE. Sull'incidenza del principio del riconoscimento automatico si veda O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 571 ss.

«fondate sull'orientamento sessuale, l'identità di genere, l'espressione di genere, le caratteristiche sessuali, l'origine razziale o etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità o l'età»⁵⁵.

7. Segue. *L'ordinanza della Corte di giustizia nel caso Obywatelskich*

Il caso *V.M.A.* non costituisce in realtà un precedente isolato, in quanto pressoché in contemporanea ad esso pendeva, sempre avanti la Corte di giustizia, un'altra questione, analoga alla precedente, in cui la Polonia si opponeva alla trascrizione del certificato di nascita rilasciato dalle competenti autorità sempre spagnole, con l'indicazione di due persone – aventi la cittadinanza di un Paese UE – dello stesso sesso (femminile) quali genitori, con la conseguente impossibilità di ottenere in quello Stato il documento di identità per il minore.

La decisione della Corte di giustizia, intervenuta il 24 giugno 2022⁵⁶, a seguito delle insistenze del giudice remittente polacco ad ottenere comunque una pronuncia dei giudici di Lussemburgo⁵⁷, ricalca la precedente *V.M.A.*

Nel frattempo, nel maggio 2022, in Polonia è stata presentata una proposta di legge di modifica della normativa esistente, volta a vietare la trascrizione di certificati di nascita stranieri, nei casi in cui la nascita non sia un evento legato alla filiazione/genitorialità di una donna (madre) e di un uomo (padre). Inoltre, secondo la proposta, in Polonia non sarà possibile registrare matrimoni tra persone dello stesso sesso, unioni o partenariati. Tuttavia, al fine di garantire il godimento dei diritti di matrice unionale anche ai più piccoli, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia inaugurata con il caso *V.M.A.*, la proposta introduce un nuovo certificato, diverso da quello di nascita, che attesta che due persone dello stesso sesso,

⁵⁵ *Programma di lavoro della Commissione per il 2022. Insieme per un'Europa più forte*, COM(2021) 645 final del 19 ottobre 2021, punto 2.6. *Un nuovo slancio per la democrazia europea*.

⁵⁶ Corte di giustizia, Ordinanza del 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, cit.

⁵⁷ Corte di giustizia, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, punto 30. Nonostante la trasmissione da parte della cancelleria della Corte di giustizia al tribunale nazionale della sentenza del 14 dicembre 2020, il giudice remittente aveva insistito affinché la Corte si pronunciasse, in quanto «il procedimento giurisdizionale relativo al diniego di trascrizione dell'atto di nascita rimaneva sospeso fino alla ricezione della decisione della Corte»; inoltre, nel gennaio 2022 i genitori della minore avevano intentato un'azione giurisdizionale chiedendo l'annullamento della decisione di diniego della concessione della carta di identità per la minore.

riconosciute come genitori di un bambino in un certificato di nascita straniero, ma non in Polonia, hanno il diritto di esercitare con tale minore il diritto alla libera circolazione *ex art.* 21 TFUE. Il certificato attribuirà inoltre la possibilità a ciascun genitore di richiedere il passaporto per il minore.

Si tratta di una sorta di soluzione di compromesso, che preserva le scelte di politica legislativa dello Stato, unico competente in materia, senza, nello stesso tempo, violare i diritti fondamentali garantiti dai Trattati, anche in vista della proposta di regolamento della Commissione sulla filiazione⁵⁸.

8. *Cenni conclusivi*

La circolazione degli *status* ormai acquista all'interno dell'UE una dimensione sua propria, basata sui principi dello stesso ordinamento dell'UE perché possa realizzarsi una delle quattro libertà fondamentali, quella di circolare e dove l'attribuzione della cittadinanza nazionale non è più presupposto per il godimento dei diritti.

L'alternativa è che la cittadinanza dell'UE, intesa come godimento dei diritti attribuiti dall'Unione stessa, finisca per procedere in maniera distinta e parallela alla cittadinanza nazionale, senza che quest'ultima rappresenti più il presupposto della prima.

Il progredire della cittadinanza dell'Unione verso un'autonomia da quella statale⁵⁹, che ne è il presupposto, non è destinato, in assenza di una – al momento non immaginabile – riforma dei trattati, ad ulteriori sviluppi, se non inteso nel senso di un rafforzamento dei diritti che sono propri di essa nei rapporti degli individui con ciascuno Stato membro⁶⁰. Più che una cittadinanza europea che trovi la propria legittimazione unicamente nell'ordinamento dell'Unione, è immaginabile il moltiplicarsi, da un lato, di figure giuridiche “simili” alla cittadinanza, che assumono varie denomi-

⁵⁸ Su di essa v. *supra*, par. 1.

⁵⁹ Sul «collegamento “naturale” tra cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'Unione europea» v. A. DI STASI, *Cittadinanza nazionale under evolution e cittadinanza europea under stress tra vecchie e nuove “frontiere”: le ragioni di un itinerario di ricerca*, A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea* cit., p. 11 ss., a p. 20; nonché, per tutti, C. MARGIOTTA, *I presupposti teorici della cittadinanza europea: originarie contraddizioni e nuovi limiti*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, p. 49 ss., p. 51 ss., reperibile *online*.

⁶⁰ Vedi A. BARAGGIA, *Dimensione sostanziale della cittadinanza europea e diritti fondamentali: una storia appena cominciata*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 24, p. 1 ss., p. 16 ss., reperibile *online*.

nazioni, ma che hanno in comune il godimento di taluni diritti “civili” di matrice unionale, e, dall'altro, una limitazione della competenza statale in tema di attribuzione della cittadinanza, per il dovuto rispetto dei principi fondamentali dell'Unione.

Ciò vale principalmente per i cittadini di Paesi terzi, la cui fonte è nel diritto derivato, ma anche, in misura non meno rilevante, per i cittadini degli Stati membri, che possono così opporre i diritti nascenti dalla appartenenza all'Unione ai loro Stati di appartenenza, tenuti al rispetto dei principi fondamentali dell'Unione anche nell'esercizio delle loro competenze esclusive. Di tali poteri sovrani, quello di attribuzione della cittadinanza è certamente fra i più significativi, ma ciò non esclude che anch'esso sia soggetto ai possibili condizionamenti imposti dalla tutela di quei diritti strettamente connessi alla persona che l'Unione promuove e salvaguardia. Se, dunque, il diritto di circolazione può essere opposto allo Stato di appartenenza, la questione si pone per i diritti della persona, che riguardano cioè il suo *status* personale, che “circolano” indissolubilmente legati all'individuo. Il difficile contemperamento fra la libertà in oggetto e il rispetto dell'identità nazionale, anche ma non solo quando si manifesta come limite dell'ordine pubblico, è ben noto e l'equilibrio fra le opposte esigenze rimane instabile. Di certo, la tutela dei diritti della persona ha rappresentato per la Corte di giustizia anche un limite da opporre all'esercizio arbitrario del potere sovrano in merito alla privazione della cittadinanza nazionale, per le sue conseguenze sull'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali all'interno dell'Unione.

Non si è posto invece finora, in maniera esplicita, il caso inverso, quando cioè sussistano apparentemente connessioni tra l'individuo, non appartenente ad uno Stato terzo, e l'ordinamento dell'Unione tali da permettere il riconoscimento di diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, ma questi collegamenti non siano parimenti condizioni idonee per l'attribuzione della qualifica di cittadino da parte dello Stato interessato. L'ipotesi è eccezionale e forse anche unica, in quanto si configura con riguardo alla fattispecie, del tutto straordinaria, del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, compresa la maternità per surroga, da parte principalmente di persone dello stesso sesso, ma il principio per cui l'attribuzione della cittadinanza nazionale può costituire una conseguenza necessaria dell'obbligo di tutela dei diritti fondamentali di un minore non ci pare né confliggente né sconosciuto alla giurisprudenza della Corte e affonda, anzi, a nostro avviso, in una concezione valoriale dell'ordinamento dell'Unione i cui sviluppi sono ancora, in larga misura, da scoprire.

Con l'adesione alla Unione europea ciascuno Stato membro ha assunto l'impegno di rispettarli e tutelarli. Se la cittadinanza dell'Unione è lo stru-

mento di garanzia per dare effettività a tali diritti e consentire il loro esercizio, ecco che gli Stati non possono nel loro esercizio del potere di attribuzione della cittadinanza nazionale agire in maniera tale da pregiudicare il godimento di tali diritti. Se quanto ora detto vale per il momento in cui gli Stati decidono in merito alla perdita della cittadinanza in capo ad un individuo, lo stesso ragionamento dovrebbe valere per tutte quelle misure che rendono eccessivamente difficoltoso l'acquisto della cittadinanza da parte dello stesso individuo che presenti collegamenti sufficienti con l'ordinamento dell'Unione, anzi lo vietano.

ABSTRACT

Citizenship of the European Union and the circulation of family status

This paper analyses the impact of recent rulings by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the recognition and circulation of family statuses within the EU. Focusing on the landmark cases of *Coman* and *V.M.A.*, the paper examines the challenges and limitations faced by same-sex couples and their children in exercising their right to free movement within the Union. The analysis highlights the complex interplay between EU law and national legislation on family matters, particularly in areas such as marriage, registered partnerships, and parentage. The paper also explores the potential implications of these rulings for the future development of EU citizenship and the recognition of diverse family forms across Member States.

DIMENSIONI ATTUALI E “FRONTIERE”
DI UNA CITTADINANZA NAZIONALE UNDER EVOLUTION
E DI UNA CITTADINANZA EUROPEA UNDER STRESS

*Angela Di Stasi**

SOMMARIO: 1. Metamorfosi dell’istituto della cittadinanza e “*fissures*” nel “tempio” della cittadinanza europea e in quello della cittadinanza nazionale. – 2. Una cittadinanza nazionale *under evolution*. – 3. Una cittadinanza europea *under stress*. – 4. *Segue*. Il forzato “dinamismo” della nozione di cittadinanza europea rispetto all’emersione di nuovi *status*. – 5. *Novae* e *vetero* “frontiere” della cittadinanza e possibili sviluppi.

1. Metamorfosi dell’istituto della cittadinanza e “fissures” nel “tempio” della cittadinanza europea e in quello della cittadinanza nazionale

La finalità del presente contributo è quella di sottoporre la nozione di cittadinanza europea ad una rilettura al fine di accertarne, nel divenire del processo di integrazione europea¹, le eventuali potenzialità espansive e (anche) il grado di permeabilità rispetto alle dinamiche evolutive che hanno interessato e continuano ad interessare la (coesistente) cittadinanza nazionale nonché di esplorare i termini di un equilibrio, permanentemente fluido, tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea².

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale e di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Salerno. Il presente contributo costituisce una versione rivista e aggiornata del Capitolo introduttivo al volume di A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 11 ss.

¹ Si rinvia alle riflessioni collettanee condotte nei volumi di A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023 e di A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Atti del Convegno interinale SIDI, Salerno 18-19 gennaio 2018, Napoli, 2018. Sulla pluralità di nozioni di cittadinanza (da quella di tipo classico a quelle non strettamente giuridica) v. B. NASCIMBENE, *La cittadinanza: un rinnovato interesse per i profili di diritto interno, internazionale e europeo*, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, pp. 1 ss.

² Sugli “ongoing developments” del concetto di *nationality* che ha determinato «*the progress towards new forms of assimilation between alien and citizen*» v. B. NASCIMBENE, *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation. Towards New Residence Status*, Leiden/Boston, 2022, cap. I e in part. p. 13. *Ivi* v. anche il cap. II sul ruolo «para-

È ben noto che il Trattato di Lisbona, nell'effettuare un «cambio di paradigma [...] dal mercato alla cittadinanza³» attraverso la configurazione di una c.d. «doppia cittadinanza⁴», abbia, in qualche modo, amplificato la portata semantica e la *vis* giuridica della stessa nozione di cittadinanza europea e, declinandola alla luce di una connotazione «dinamica», le abbia attribuito un valore strettamente legato all'essenza del soggetto-persona⁵.

Sotto l'onda d'urto di fattori interni ed esterni all'UE, gli sviluppi normativi più recenti – a livello di diritto derivato dell'Unione europea – e soprattutto i consistenti approdi giurisprudenziali, sembrano ridimensionare la “novella” apportata dal Trattato di Lisbona⁶ fino a far configurare una sorta di declino della stessa nozione di cittadinanza europea⁷.

Orbene, se quest'ultima *beyond* Brexit⁸ ha rappresentato un tema ampiamente esplorato nella dottrina, nondimeno non manca di risultare di qualche interesse l'individuazione di ulteriori *novae* “frontiere” che si aggiungono alle *veteres* “frontiere” e, caratterizzandola *ab intra* e *ab extra*, ne stanno determinando, secondo alcuni, una “*existential crisis*”⁹.

Attesa la non neutralità rispetto ai processi storici in atto degli stessi modelli di acquisto della cittadinanza nazionale, la lettura fornita in questo contributo si fonda, al tempo stesso, sul convincimento dello stretto rap-

digmatic» della cittadinanza europea nel definire «*a status where traditional nationality expands and evolves*» (p. 165). Sulle dimensioni attuali della cittadinanza contemporanea e sulle sue contraddizioni anche alla luce dell'esperienza romana v. F. FASOLINO, *Lo sfaldamento del concetto tradizionale di cittadinanza. Spunti di riflessione dell'esperienza romana*, in U. VINCENTI (a cura di), *Cittadinanza, identità, confini*, Napoli, 2021, pp. 123 ss.

³ Così L. MOCCIA, *Cittadinanza europea e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *La cittadinanza europea*, 2010, pp. 115 ss.

⁴ Cfr. H. ULRICH D'OLIVEIRA, *Union Citizenship: Pie in the Sky?*, in A. ROSAS, E. ANTOLA (eds.), *A Citizens'Europe: In Search of A New Order*, London, 1995, e T. DOWNES, *Market Citizenship: Functionalism and Fig-leaves*, in R. BELLAMY, A. WARLEIGH (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*, London, 2001, pp. 93.

⁵ Sul dinamismo della «figura giuridica» di cittadinanza v. in particolare E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 475 che richiama D. O'KEEFFE, *Union Citizenship*, in D. O'KEEFFE, P. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 106.

⁶ Sulla scarsa rilevanza della «novella» apportata dal Trattato di Lisbona v. in particolare U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 97.

⁷ Cfr. A. YONG, *The Rise and Decline of Fundamental Rights in EU Citizenship*, Oxford, 2019.

⁸ V., per tutti, D. KOSTAKOPOULOU, *EU Citizenship Law and Policy. Beyond Brexit*, Cheltenham, 2020. Cfr., tra gli altri la *Special Section “EU Citizenship in Times of Brexit”*, curata da E. MUIR, N. CAMBIEN in *European Papers*, 2018, n. 3.

⁹ V. O. GARDNER, *The Existential Crisis of the European Union: The Argument for an Autonomous Status*, in *Camb. YB Eur. Leg. Stud.*, 2018, pp. 116 ss.

porto intercorrente tra cittadinanza e identità nazionale¹⁰ ma anche sul delicato equilibrio tra cittadinanza e nuovi modelli (anche culturali) di integrazione sociale e politica: il tutto senza dimenticare il collegamento *mobile* tra cittadinanza/nazionalità e sovranità¹¹.

Alla luce di queste premesse quali possono essere, dunque, le nuove “frontiere” di una cittadinanza europea che, divenuta da tempo molto più di una *market citizenship*¹², sembra apparire “*under stress*”¹³? E quali possono essere le “nuove” frontiere di una cittadinanza nazionale permanentemente *under evolution*?

Le “*fissures*” che sembrerebbero essersi create, tanto nel “tempio” della cittadinanza europea¹⁴ quanto – con modalità diverse – in quello della cittadinanza nazionale fino al punto di farne prefigurare una sorta di declino di tale istituto giuridico, retroagiscono, peraltro, molto al di là degli attuali (e talora risalenti) fattori di “criticità”.

Intendo riferirmi agli effetti delle cd. ricorrenti “emergenze” migratorie¹⁵ ma anche a quelli della circolazione degli *status* familiari nonché all’affievolimento delle garanzie dei diritti sociali, in tempi di crisi, con il *favor* per la sostenibilità dei sistemi di assistenza nazionale più che per la tutela del cittadino europeo. Oltre alle conseguenze della Brexit non sembra possano dimenticarsi le “ricadute” che nuove proiezioni dello *status* di cittadino –

¹⁰ V. R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze*, cit., pp. 215 ss.

¹¹ Sulla configurazione del *law of nationality* come «the last bastion in the citadel of sovereignty», nel quadro della progressiva affermazione di una soggettività internazionale ancorché limitata in capo all’individuo, v. B. NASCIBENE, *Nationality Law*, cit., in part. 165. Sia consentito anche il richiamo a A. DI STASI, *La personalità internazionale dell’individuo: contenuto e limiti di una possibile “soggettività” attiva nell’ordinamento internazionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2012, pp. 191 ss.

¹² Cfr. N.N. SHUIBHNE, *The Resilience of EU Market Citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 1597 ss.

¹³ Si richiama il titolo del volume curato da N. CAMBIEN, D. KOCHENOY, E. MUIR, *European Citizenship under stress*, Leiden, 2020. Per una compiuta disamina dei diritti inerenti alla cittadinanza europea v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, 2017.

¹⁴ Così M. STEINFELD, in *Fissures in EU Citizenship. The Deconstruction and Reconstruction of the Legal Evolution of EU Citizenship*, Cambridge, 2022 che sottopone ad una revisione critica i “*core concepts*” della cittadinanza europea alla luce di un “*critical constructivist approach*” che, sebbene non scevro da un certo coefficiente di pessimismo, trova comunque ragioni di speranza nella evoluzione della cittadinanza europea ma anche della stessa Unione europea.

¹⁵ Si richiama per tutti P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, *Cittadinanza, nazionalità e immigrazione*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze*, cit., pp. 69-98.

anche sotto il profilo del rafforzamento della democrazia rappresentativa e partecipativa – sono suscettibili di comportare rispetto alla nozione classica di cittadinanza. Penso, in particolare, al potere di pre-iniziativa legislativa dei cittadini europei mediante l'ICE¹⁶ o alla loro partecipazione ai lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa¹⁷ o alla cd. "europeizzazione" delle elezioni del Parlamento europeo¹⁸ ma anche, come scenario futuribile ancora, al percorso ancora incompiuto di definizione di una cd. cittadinanza digitale¹⁹.

È noto che l'istituto della cittadinanza europea (e anche la cittadinanza nazionale) ha dovuto misurarsi da sempre – e continua a farlo – con un processo di attraversamento di confini culturali ed identitari ma anche di confini spaziali e temporali, sotto spinte di segno opposto che sovente si cumulano. Esse emergono, con evidenza, oltre che nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, nelle giurisprudenze, talora spiccatamente "creative", della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti umani. Basti pensare a come lo *status civitatis*, "pur in mancanza di espressa previsione" normativa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, abbia trovato, in talune circostanze e soprattutto con riferimento ai migranti, nel *case law* della stessa Corte di Strasburgo, una propria tutela nella garanzia della vita privata e familiare²⁰ ma anche alla forza "attrattiva" rappresentata dalla teorica dei diritti fondamentali²¹.

¹⁶ V. A. FESTA, *L'iniziativa legislativa dei cittadini europei come strumento di "cittadinanza attiva"*. Brevi considerazioni sul ruolo svolto dall'ICE in materia ambientale, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 517 ss.

¹⁷ V. il contributo di S. CAFARO, *Il ruolo dei cittadini nella Conferenza sul futuro dell'Europa: passi avanti in tema di democrazia partecipativa e deliberativa*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 489 ss.

¹⁸ V. G. COLAVECCHIO, *Cittadinanza europea e rappresentanza democratica: verso una "europeizzazione" delle elezioni del Parlamento europeo?*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 569 ss.

¹⁹ V. F. BUONOMENNA, *Verso la "cittadinanza digitale" dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 597 ss.

²⁰ Cfr., tra tutti, R. PALLADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4, Protocollo 4)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp. 167 ss., e A.G. LANA, *Migranti irregolari e Corte di Strasburgo: verso un affievolimento delle tutele? (artt. 5 e 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, II ed., Vicenza, 2020, pp. 235 ss.

²¹ A fronte della scarsa rilevanza della prospettiva internazionalprivatistica. V il contributo di C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze, cit.*, pp. 137 ss.

D'altra parte l'internazionalizzazione delle comunità nazionali anche per effetto delle conseguenze dei flussi migratori e la tendenziale caduta dei confini territoriali, coniugate all'emersione di ulteriori modelli culturali e sociali di vita familiare – che fanno venire in rilievo nuovi *status personae* e *familiae* (e le implicazioni inerenti, ad esempio, alla maternità surrogata o alla disciplina di conflitto delle unioni civili)²² – hanno accentuato, negli ultimi tempi, le menzionate dinamiche evolutive; al contempo hanno rafforzato l'interesse alla ridefinizione del collegamento, sempre più fluido, fra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell'Unione europea²³.

Restano aperte – risultando potenzialmente suscettibili di ricadute rispetto alle metamorfosi dell'istituto della cittadinanza – le questioni che attengono, da un lato, al fenomeno della cittadinanza multipla laddove, pur nella perdurante assenza del riconoscimento dell'esistenza di un diritto al possesso di più cittadinanze, sembra profilarsi un approccio della comunità internazionale di crescente tolleranza se non di vera e propria accettazione²⁴; dall'altro a quello dell'apolidia come conseguenza della revoca della cittadinanza per contrastare le attività condotte dai *foreign terrorist fighters*²⁵. Come pure non manca di presentare profili problematici una questione recentissima come quella legata alla concessione della cittadinan-

²² V. M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione Europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 347 ss., e di L. RICCARDI, *La cittadinanza dell'Unione europea come strumento di tutela dei minori nel contesto di famiglie omogenitoriali: spunti di riflessione per nuovi sviluppi*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 409 ss.

²³ Il tema, come è noto, è stato oggetto di ampio approfondimento in dottrina. V. per tutti C. CLOSA, *Citizenship of the Union and Nationality of the Member States*, in *Comm. M. Law Rev.*, 1995, p. 487; P. MENGOZZI, *Il rapporto tra la cittadinanza degli Stati membri e la cittadinanza dell'Unione*, in U. DRAETTA e N. PARISI (eds.), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, pp. 435 ss.; V. B. BAREL, *Orientamenti della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti alla disciplina nazionale della cittadinanza per effetto della cittadinanza dell'Unione*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 381 ss.

²⁴ V. S. MARINAI, *Le tendenze evolutive della cittadinanza multipla nel Diritto internazionale e dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 133 ss.

²⁵ V. D. MUSMECI, *Apolidia e misure di contrasto al terrorismo: riflessioni critiche sulla revoca della cittadinanza*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 163 ss.

za russa alle popolazioni del Donbass anche nella prospettiva del processo di adesione dell'Ucraina all'Unione europea²⁶.

2. *Una cittadinanza nazionale under evolution*

L'istituto della cittadinanza, intesa classicamente come nucleo individuatore di una comunità politica (qualunque essa sia)²⁷ e quale *status* che connota l'appartenenza di un soggetto ad una determinata comunità nazionale, a cominciare dalla celebre definizione resa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm*²⁸, risulta dunque, come si accennava, oggetto di rilevanti spinte evolutive²⁹.

Una consapevolezza – quella della tradizionale competenza esclusiva dello Stato nella definizione dei criteri di attribuzione (e perdita) della cittadinanza – che emergeva con chiarezza già nel parere consultivo reso dalla Corte permanente di giustizia nel 1923 sui decreti di nazionalità promulgati in Tunisia e Marocco, in cui l'affermazione che tali questioni rientrano “in principio” nel dominio riservato statale, era accompagnata tuttavia dal riferimento “*in the present state of international law* allo stato attuale del diritto internazionale”³⁰.

Orbene, a fronte di siffatta tradizionale competenza esclusiva dello Stato – che esita nell'utilizzo, all'interno degli ordinamenti nazionali, di criteri differenziati ai fini dell'ottenimento dello *status* di cittadino (*iure sanguinis*, *iure soli*, per naturalizzazione dell'apolide o dello straniero già titolare di altra cittadinanza, ecc.)³¹ – emergono da tempo i segni dell'incidenza, in

²⁶ V. F. PERRINI, *La concessione della cittadinanza russa agli abitanti del Donbass: genuine link vs useful link?*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 191 ss.

²⁷ Così R. QUADRI, *Cittadinanza*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, pp. 324 ss. Quadri, nella stessa voce, evidenzia l'inafferrabilità dell'essenza della cittadinanza.

²⁸ Sul punto v. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 6 aprile 1955, *Nottebohm*, (*Liechtenstein c. Guatemala*).

²⁹ V. A. SHACHAR, R. BAUBÖCK, I. BLOEMRAAD, M. VINK, *Introduction: Citizenship - Quo vadis?*, in A. SHACHAR, R. BAUBÖCK, I. BLOEMRAAD, M. VINK (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, 2017, in part. pp. 3 ss.

³⁰ Parere n. 4 del 7 febbraio 1923, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*. A proposito di tale posizione v. L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008, in part. p. 78.

³¹ Sulla riconducibilità delle stesse scelte nazionali a modelli teorici v. *infra* in questo volume il contributo di A. GATTI, *Forme e contenuti delle nuove cittadinanze: una prospettiva di diritto comparato*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 99 ss.

tema di cittadinanza, degli obblighi di protezione internazionale dei diritti dell'uomo nonché dell'influenza, sempre più significativa, del diritto dell'UE sulla legislazione domestica³².

Rispetto alla sostanziale irrilevanza della cittadinanza europea (e dei suoi contenuti) con riferimento al Diritto internazionale privato, la cittadinanza nazionale rileva invece quale criterio di collegamento e di giurisdizione nell'impianto complessivo della legge italiana n. 218 del 31 maggio 1995, di riforma del Diritto internazionale privato. In questo contesto, la trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione è stato fattore determinante rispetto al temperamento della classica impostazione manciniana (di valorizzazione del criterio di cittadinanza, inquadrato in termini di nazionalità, in materie come quelle attinenti alle persone, alla famiglia e alle successioni) a beneficio di alcune aperture nei confronti del domicilio, quale criterio di collegamento fondato sulla localizzazione del centro degli interessi della persona, in nessun caso comparabili alla portata assunta da esso nei regolamenti europei per l'unificazione del Diritto internazionale privato.

Invero il criterio di collegamento della cittadinanza, ancora molto utilizzato nel nostro ordinamento (si pensi alle recenti riforme sulla filiazione e in tema di unioni civili), sembrerebbe essere divenuto parzialmente recessivo rispetto a criteri di collegamento di tipo domiciliare o rispetto alla residenza abituale laddove il suo richiamo risulta sovente accompagnato da norme che ne limitano l'operatività (con il ricorso, ad esempio, alla *lex fori* come norma di applicazione necessaria).

Se la legge italiana sulla cittadinanza del 13 giugno 1912, n. 555 – modificata con riferimento alla discriminazione tra genitori in ossequio alla sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 1983 – è riuscita ad “attraversare” tutto il XX secolo mostrando una sua sostanziale “impermeabilità” rispetto ai fondamentali mutamenti che hanno riguardato il nostro Paese, la legge vigente del 5 febbraio 1992 n. 91 non sembra caratterizzarsi per una reale portata innovativa, configurandosi piuttosto come un testo ricognitivo/confermativo (se non restrittivo) delle previsioni della legislazione precedente.

³² Sugli effetti dell'affermazione della cittadinanza europea unitamente all'influenza sempre più significativa del diritto dell'UE sulla legislazione domestica di diritto amministrativo e sulla configurabilità di un “diritto amministrativo globale” unitamente alla definizione di un concetto di “cittadinanza amministrativa” v. il contributo di F. MARTINES, *Cittadinanza europea e armonizzazione delle regole: verso un diritto amministrativo globale?*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 321 ss.

Come testimoniano una serie di proposte legislative in tema e, più ampiamente, il dibattito pubblico e parlamentare italiano, la legge vigente, ancorché modificata o integrata attraverso una serie di interventi successivi³³, ha resistito finora ai tentativi di sostituire o temperare il criterio “principale” dello *ius sanguinis* con la valorizzazione di ulteriori criteri quali quello dello *ius soli* o del cd. *ius culturae*. Soprattutto in ragione della crescente internazionalizzazione della nostra comunità nazionale essa non risulta esente da limiti con riferimento in particolare al profilo della garanzia per i bambini stranieri nati in Italia³⁴ del diritto ad una cittadinanza, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

3. Una cittadinanza europea under stress

È risaputo che la cittadinanza europea – che non risulta inquadrabile né nella categoria dei rapporti giuridici, né in quella relativa agli *status*³⁵ –

³³ Apportati da D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396; L. 14 dicembre 2000, n. 379; L. 8 marzo 2006, n. 124; L. 15 luglio 2009, n. 94; L. 1° dicembre 2018, n. 132; L. 18 dicembre 2020, n. 173. Si rinvia al contributo di D. PORENA, *Tem e problemi della cittadinanza nazionale. Evoluzioni della normativa sull'acquisto dello status civitatis e dibattito istituzionale sulle ipotesi di revisione*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 67 ss.

³⁴ V. L. PANELLA, *L'attribuzione della cittadinanza italiana e la sua compatibilità con il diritto europeo ed internazionale*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 41 ss.

³⁵ Il tutto prescindendo dalla classica *querelle*, di contenuto eminentemente teorico, tra cittadinanza come rapporto giuridico (evidentemente di Diritto pubblico) e cittadinanza come *status* laddove quest'ultimo valorizza l'appartenenza del soggetto ad una determinata comunità da cui derivano un complesso di diritti ed obblighi. Il cittadino europeo risulta, come è noto, fruitore di una serie di diritti a cui non corrispondono veri e propri doveri ma invece un insieme di responsabilità nel senso di impegno al consolidamento dei principi democratici e dei valori su cui si fonda l'UE. Sul “*thin*” *concept of citizenship* v. A. J. MENÉNDEZ, E. D. H. OLSEN, *Challenging European Citizenship. Ideas and Realities in Contrast*, Oxford, 2020, cap. II. Per un approfondimento della nozione di cittadinanza alla luce del diritto internazionale cfr. *inter alia* M. GIULIANO, *La sudditanza degli individui e il suo rilievo nell'ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 1956, pp. 36 ss.; R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Nuovissimo Digesto Italiano, Appendice*, Torino, 1980, pp. 1265 ss.; ID., *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1983; S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1989. V. per tutti L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze*, cit.; G. CATALDI, *Immigrazione e diritto alla cittadinanza nell'ordinamento internazionale: aspetti generali*, in L. BONFIELD, G. CATALDI, N. PARISI, A. VENTURI (a cura di), *Immigrazione e diritto alla cittadinanza. Immigration and the Right to Nationality*, Napoli, 2015.

presenti elementi di atipicità rispetto ai (connotati classici della) cittadinanza nazionale, modellata in riferimento all’esperienza degli ordinamenti statali. Ovviamente il richiamo alla nozione classica di cittadinanza non sarebbe stato appropriato per un ordinamento come quello europeo, fondato su regole e su caratteri strutturali particolarmente diversi da quelli degli ordinamenti nazionali tra cui, *in primis*, l’assenza di un *demos* europeo. Un’atipicità che trova conferma in ulteriori elementi distintivi quali, ad esempio, l’assenza di un insieme di doveri (eventualmente anche *soft duties*)³⁶ per il cittadino europeo che si riverberano in una relazione stretta tra le traiettorie dell’integrazione europea e le capacità “espansive” della stessa nozione di cittadinanza.

È altrettanto noto che la cittadinanza europea, dopo la menzionata consacrazione normativa avvenuta con il Trattato di Maastricht e le modifiche apportate da quello di Lisbona (contemplate nell’art. 9 del TUE e negli artt. 20-24 del TFUE), abbia trovato non solo nel diritto derivato dell’Unione europea ma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia – sebbene non priva di sensibili oscillazioni – significativi fattori di consolidamento.

Il collegamento “naturale” tra (diritti di) cittadinanza e diritti fondamentali nell’Unione europea – che la fa assurgere a *cornerstone of human rights protection in the EU*³⁷ – avrebbe rinvenuto successivamente la sua codificazione nel titolo V (artt. da 39 a 46) della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un titolo dedicato alla “Cittadinanza” declinata con contenuti ampiamente ricognitivi della disciplina contenuta nei Trattati e nel diritto derivato ma anche delle molteplici soluzioni delineate tanto nella giurisprudenza della Corte di giustizia che di quella della Corte europea dei diritti umani³⁸. Al tempo stesso la consacrazione dei diritti di cittadinanza, nel citato Titolo V della Carta, avrebbe consentito di far emergere il “valore aggiunto” della stessa con riferimento all’inserimento – o almeno – al contenuto di alcuni “nuovi” diritti (come, ad esempio, l’art.

³⁶ Così M. FERRERA in R. BAUBÖCK (ed.), *Debating European Citizenship*, 2019, Cham, p. 181.

³⁷ V. L. MOKRÁ, *Internal Dimension of Human Rights in the EU*, Prague, 2021, p. 26.

³⁸ Cfr. A. YONG, *Examining EU Citizenship and its Relationship with EU Fundamental Rights*, in ID., *The Rise and Decline*, cit., p. 1 ss. Sulla cittadinanza europea come “ponte” verso la più ampia tematica dei diritti umani v. U. VILLANI, *Riflessioni su cittadinanza europea e diritti fondamentali*, in G. CAGGIANO (ed.), *I percorsi giuridici per l’integrazione dei migranti e dei titolari di protezione internazionale tra Diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, pp. 19 ss., in part. p. 20. Sul collegamento alla perdita della cittadinanza v. S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionali ed europei*, Milano, 2017.

41 consacrate il cd. diritto ad una buona amministrazione conferito, peraltro, ad ogni persona e non solo ai cittadini)³⁹.

Se la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva consentito di individuare embrionali situazioni giuridiche riconducibili ad una “incipiente” forma di cittadinanza europea⁴⁰, ancor prima della sua consacrazione nel diritto primario dell’UE, la stessa giurisprudenza ha svolto un ruolo costante nello sviluppo del perimetro e dei contenuti della cittadinanza europea anche oltre le previsioni delle suddette norme⁴¹.

Costituisce una pietra miliare il riconoscimento, da parte della Corte di Lussemburgo – nelle pronunce *Grzelczyk*⁴² e *Baumbast*⁴³ – del fatto che «lo status di cittadino dell’Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni al riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»⁴⁴. Il tutto consolidando un indirizzo che era stato anticipato a partire dalla nota pronuncia *Martinez Sala*⁴⁵. In essa la Corte aveva statuito che l’effettivo esercizio della libertà di circolazione fosse sufficiente a condurre il cittadino europeo nell’ambito applicativo del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, a prescindere dalla specifica riferibilità di quella posizione soggettiva al campo di operatività delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, consentendo pertanto

³⁹ Si rinvia a A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e Spazio europeo di giustizia. L’applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 20019, p. 56. In generale per un commento agli artt. da 39 a 46 della Carta v. per tutti AA.VV. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, pp. 725 ss. e la letteratura ivi indicata.

⁴⁰ V. in particolare R. PLENDER, *An Incipient Form of European Citizenship*, in F. JACOBS (ed.), *European Law and the Individual*, Amsterdam, 1976, 39 ma anche O. GARDNER, cit., p. 116 che ne sottolinea una “incipient essence”.

⁴¹ Per la considerazione delle norme sulla cittadinanza europea “as constitutional rights norms” v. A. WESEMANN, *Citizenship in the European Union*, Cheltenham, 2020, in partic. 113. V. tra tutti A. TIZZANO, *Alle origini della cittadinanza europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2010, vol. 15, pp. 1031 ss.

⁴² Corte di giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458. V. C. MORVIDUCCI, *La cittadinanza dell’Unione europea come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Dalla sentenza Grzelczyk alla sentenza JY*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 213 ss.

⁴³ Corte di giustizia, sentenza del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, ECLI:EU:C:2002:493.

⁴⁴ Corte di giustizia, *Grzelczyk*, cit., punto 31.

⁴⁵ Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martinez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217.

anche ai cittadini europei economicamente inattivi di usufruire della parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni sociali erogate dallo Stato membro ospitante⁴⁶.

Quanto alla Corte di giustizia varie sono state le direttrici da essa seguite mediante il ricorso a soluzioni interpretative che, come si anticipava, sono riuscite talora ad arricchire il perimetro dei diritti garantiti dalla cittadinanza europea e talvolta ad utilizzare la stessa cittadinanza europea come “*constitutional right*”⁴⁷.

Senza pretesa di esaustività si può ricordare che, da un lato, la riconduzione dei diritti di cittadinanza europea allo *status* di lavoratore attivo è risultata ben presto oggetto di superamento nel *case law* della stessa Corte di Lussemburgo che ha preso in considerazione anche il lavoratore non attivo⁴⁸ e varie categorie di stranieri “privilegiati”⁴⁹. Dall'altro, a partire dalla sentenza resa dalla Grande Sezione nel caso *Ruiz Zambrano*⁵⁰ – con cui era stato introdotto il concetto di “godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale” dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino europeo, rilevante per l'applicazione del diritto dell'Unione europea anche in quelle

⁴⁶ La direttiva 2004/38/CE recepisce questo *acquis* giurisprudenziale, nella misura in cui riorganizza la disciplina della libertà di circolazione delle persone nell'Unione a partire dallo *status civitatis*, attribuendo una significativa rilevanza alla cittadinanza europea.

⁴⁷ V. A. WESEMANN, *Citizenship in the European Union*, cit., p. 113.

⁴⁸ V. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 1° agosto 2022, causa C-411/20, *S. c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, ECLI:EU:C:2022:602. In essa la Corte interpreta l'articolo 4 del regolamento (CE) n. 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro in forza della quale a un cittadino dell'Unione avente la cittadinanza di un altro Stato membro, che abbia stabilito la residenza abituale nel territorio del primo Stato membro e che sia economicamente inattivo in quanto non vi svolge un'attività lavorativa remunerata, viene negato il beneficio di «prestazioni familiari» durante i primi tre mesi del suo soggiorno nel territorio di tale Stato membro, mentre un cittadino economicamente inattivo del medesimo Stato membro beneficia di tali prestazioni anche durante i primi tre mesi dal suo rientro nel medesimo Stato membro, dopo essersi avvalso, in forza del diritto dell'Unione, del suo diritto di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro. Non trova applicazione l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE.

⁴⁹ V. a proposito degli studenti, A. PITRONE, *La circolazione degli “studenti” nell'Unione europea: cittadini privilegiati?*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op.cit.*, 439 ss.

⁵⁰ V. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124. V. R. PALLADINO, *Il godimento “reale ed effettivo del nucleo essenziale” dei diritti attribuiti dallo status di cittadino europeo: un decennio di applicazione della giurisprudenza Ruiz Zambrano*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 265 ss.

situazioni definibili “puramente interne”⁵¹ – si è registrata la precisazione dei profili applicativi del cd. “*substance of rights test*” al fine di ampliare i confini dell’applicazione del diritto dell’Unione europea.

La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ha fatto emergere gli effetti della crisi economica e finanziaria internazionale (come acuiti dalla pandemia) sul contenuto dei diritti di cittadinanza e, nel bilanciamento tra piena garanzia del diritto alla parità di trattamento e protezione degli interessi degli Stati membri, ha registrato soluzioni restrittive in merito all’accesso, da parte dei cittadini economicamente inattivi, al *welfare* sociale⁵². Orbene se la Corte non ha abbandonato del tutto il ruolo di custode della *rule of EU law social law*⁵³, l’allontanamento da quel filone giurisprudenziale riconducibile alla citata sentenza *Martinez Sala*⁵⁴ ha rinvenuto nel caso *Dano*⁵⁵ un esempio paradigmatico del citato approccio restrittivo della stessa Corte che avrebbe trovato ulteriori conferme (sentenza *Alimanovic*)⁵⁶.

Tale *revirement* giurisprudenziale, nel configurare una dimensione sociale della cittadinanza dell’Unione europea fortemente asimmetrica, sembra rafforzare il criterio della nazionalità a detrimento della valorizzazione

⁵¹ V. Corte di giustizia, sentenza del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *Shirley McCarthy*, ECLI:EU:C:2011:277 e Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Murat Dereci e altri*, ECLI:EU:C:2011:734, sino alla più recente sentenza del 5 maggio 2022, cause riunite C-451/19 e C-532/19, *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, ECLI:EU:C:2022:354.

⁵² V. M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l’accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall’ordinamento USA?*, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, pp. 44 ss.

⁵³ V. K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The European Court of Justice as the Guardian of the EU of EU social Law*, in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD, G. DE BAERE (eds.), *A European Social Union after the crisis*, Cambridge, 2017, pp. 455 ss.

⁵⁴ In essa (Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *María Martínez Sala*, cit.) l’effettivo esercizio della libertà di circolazione appariva sufficiente a ricondurre il cittadino europeo all’interno del raggio applicativo del principio di non discriminazione in base alla nazionalità: il tutto a prescindere dalla riferibilità di tale situazione soggettiva al campo di applicazione della normativa sulla libera circolazione dei lavoratori.

⁵⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta Dano e Florin Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358, in cui si afferma che i cittadini dell’Unione economicamente inattivi che si recano in un altro Stato membro con l’unico fine di beneficiare di un aiuto sociale possono essere esclusi da talune prestazioni sociali.

⁵⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597, in cui la Corte ha sottolineato che uno Stato membro può escludere da talune prestazioni sociali, di carattere non contributivo, cittadini dell’Unione che vi si recano per trovare lavoro.

dell'elemento della volontaria adesione e partecipazione al sistema di regole e di valori della comunità ospitante. Ne è derivata una crescente divaricazione tra il concetto di cittadinanza sociale su cui si fondano i sistemi di *welfare* degli Stati membri dell'Unione europea e quello di “cittadinanza sociale europea”⁵⁷ laddove, rispetto a tale approccio della Corte di giustizia, sono seguite talora politiche nazionali che ricorrono all'allontanamento dei cittadini europei divenuti un onere per il sistema sociale (si pensi al caso belga). Una divaricazione accentuata dalla crisi sociale ma, in qualche modo, ineludibile nella misura in cui la cittadinanza sociale europea si connota, geneticamente, in maniera molto diversa rispetto alla cittadinanza sociale, di stampo marshalliano⁵⁸, come sviluppata alla luce delle diverse tradizioni nazionali⁵⁹.

In generale la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo offre un osservatorio privilegiato sulle questioni più problematiche legate al rapporto – sempre non semplice – tra cittadinanza europea e libera circolazione⁶⁰: il tutto sotto il profilo della distinzione tra cittadini stanziali e non stanziali, con riguardo alla tutela dei soggetti “vulnerabili” nonché sul rapporto tra cittadinanza e immigrazione ma anche con riferimento al perfezionamento di uno *status alio* quale è quello del soggiornante di lungo periodo (e di cui *infra*).

Con riferimento alla cd. stanzialità merita di essere ricordata la sentenza della Grande Sezione *Toufik Lounes*⁶¹ in cui la Corte di giustizia ha

⁵⁷ V. per tutti A. NATO, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi economica*, Bari, 2020 nonché P. GARGIULO, *La cittadinanza sociale europea tra mito e realtà*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011, pp. 229 ss.

⁵⁸ Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, traduzione italiana a cura di S. MEAZZA, Roma-Bari, 2002.

⁵⁹ Sulla diversa visuale caratterizzante l'ordinamento comunitario v. S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in *Dir. imm. Citt.*, 2007, pp. 12 ss.

⁶⁰ V. per tutti M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE (eds.), *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden, 2008, e M.C. BARUFFI, I. QUADRANTI (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012. Non si dimentichi, all'indomani della firma del Trattato di Lisbona, l'affermazione «*European citizenship is slowly but steadily evolving into a fifth Treaty freedom*» in EDITORIAL COMMENTS, *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2008, pp. 1 ss., in part. p. 1. V. *infra* in questo volume il contributo di D. DIVERIO, *L'autosufficienza delle libertà economiche di circolazione e lo status (un po' meno) fondamentale del cittadino dell'Unione nel mercato interno*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 241 ss.

⁶¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 novembre 2017, causa C-165/16, *Toufik Lounes*, ECLI:EU:C:2017:862.

chiarito, in via pregiudiziale, che la direttiva 2004/38/CE⁶², dev'essere interpretata nel senso che, laddove un cittadino dell'Unione europea il quale, abbia precedentemente fatto esercizio del proprio diritto di circolazione, recandosi e soggiornando in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, del quale abbia poi acquisito la cittadinanza conservando al contempo anche quella del Paese d'origine, ed, alcuni anni dopo, abbia contratto matrimonio con un cittadino di uno Stato terzo con il quale continui a risiedere nel territorio dello Stato membro già "ospitante", quest'ultimo, quale soggetto "extracomunitario" non può beneficiare del diritto di soggiorno derivato nello Stato membro in questione.

La direttiva *de qua* non è finalizzata, infatti, secondo la Corte, «a disciplinare il soggiorno di un cittadino dell'Unione nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza»⁶³ e dunque, secondo i giudici di Lussemburgo, di fronte a fattispecie che riguardano familiari di cittadini dell'UE che siano cittadini di Stati terzi di tal genere, rileva il beneficio della protezione offerta dall'articolo 21, par. 1, TFUE⁶⁴.

La sentenza *Chavez-Vilchez* del 10 maggio 2017 (causa C-133/15) parrebbe, invece, segnare il ritorno ad una giurisprudenza "propulsiva" della Corte di giustizia nella direzione della tutela di soggetti potenzialmente "vulnerabili" come i minori. In essa è stato affermato che la valutazione della privazione del "godimento effettivo del contenuto essenziale" dei

⁶² Relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁶³ E, di conseguenza, «non è nemmeno volta a conferire, nel territorio del medesimo Stato membro, un diritto di soggiorno derivato ai familiari di tali cittadini, che siano cittadini di uno Stato terzo»; al contrario, «un diritto di soggiorno derivato in favore di un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, esiste, in linea di principio, solo quando è necessario per assicurare l'effettivo esercizio da parte di tale cittadino della sua libertà di circolazione».

⁶⁴ E esso, per espressa affermazione della Corte, include il diritto «di condurre una normale vita familiare nello Stato membro ospitante, beneficiando della vicinanza dei [...] familiari». La Corte sottolinea che se si accedesse invece ad una diversa interpretazione ne dovrebbe conseguire che «un cittadino dell'Unione che abbia esercitato la propria libertà di circolazione e che abbia acquisito la cittadinanza dello Stato membro ospitante in aggiunta alla propria cittadinanza d'origine sarebbe, per quanto riguarda la sua vita familiare, trattato in modo meno favorevole rispetto ad un cittadino dell'Unione che abbia anch'esso esercitato tale libertà ma che possieda soltanto la propria cittadinanza d'origine». Il diritto sopra descritto deve trovare applicazione, nello specifico, a condizioni che non siano più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 (applicabile, quindi, per analogia), per la concessione di detto diritto ad un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possieda la cittadinanza.

diritti conferiti dall'art. 20 del TFUE ad un minore cittadino dell'UE imponga una adeguata considerazione della relazione esistente tra il genitore cittadino dell'Unione europea e il genitore cittadino di un paese terzo⁶⁵ non essendo di per sé sufficiente la considerazione che l'altro genitore, cittadino dell'UE, sia realmente capace e disposto ad assumersi l'onere del minore⁶⁶.

Tali profili sono stati anche sviluppati nella sentenza *Subdelegación del Gobierno en Toledo*⁶⁷ ove emerge la stretta interconnessione tra i diritti conferiti dall'art. 20 TFUE e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, attesa la necessità che le autorità competenti tengano conto del diritto al rispetto della vita familiare, quale enunciato all'articolo 7 della Carta da leggersi in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, riconosciuto all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta stessa.

Più di recente nella sentenza resa dalla Grande Sezione X *c. Udllændinge-og Integrationsministeriet*⁶⁸ la Corte, con riferimento all'art. 20 TFUE, letto alla luce dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha sancito che non osti alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione l'applicazione della normativa di uno Stato membro secondo la quale i suoi cittadini, nati al di fuori del proprio territorio, che non vi abbiano mai risieduto e che non vi abbiano soggiornato in condizioni che dimostrino un collegamento effettivo con tale Stato membro, perdano *ipso iure* la cittadinanza all'età di 22 anni, dal che discende, per coloro che non siano anche cittadini di un altro Stato membro, la perdita del loro *status* di cittadino dell'Unione europea e dei diritti ad esso connessi. Tutto questo a condizione che alle persone interessate sia offerta la possibilità di presentare, entro un termine ragionevole, una domanda di mantenimento o di riacquisto della cittadinanza, che consenta alle autorità competenti di esaminare la proporzionalità delle conseguenze discendenti dalla perdita di tale

⁶⁵ Del quale si discute ai fini del riconoscimento di un diritto di soggiorno in uno Stato membro dell'UE.

⁶⁶ Infatti, siffatta valutazione deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore, dell'insieme delle circostanze del caso di specie e, segnatamente, dell'età di questi, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione, sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso.

⁶⁷ Corte di giustizia, sentenza del 5 maggio 2022, cause riunite C-451/19 e C-532/19, *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, ECLI:EU:C:2022:354.

⁶⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 settembre 2023, causa C-689/21, X, ECLI:EU:C:2023:626.

cittadinanza sotto il profilo del diritto dell'Unione e, se del caso, di concederne il mantenimento o il riacquisto *ex tunc*⁶⁹.

4. Segue. Il forzato “dinamismo” della nozione di cittadinanza europea rispetto all'emersione di nuovi status

Altro elemento di forzato “dinamismo” della nozione di cittadinanza europea riposa nell'applicazione «estensiva» del già citato principio di non discriminazione, come garantito dall'art. 19 del Trattato TFUE e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali anche a favore di soggetti quali gli immigrati regolari (qualora contrassegnati dal possesso di determinati requisiti che comprovino il «carattere non episodico e di non breve durata» del soggiorno⁷⁰) nonché nell'applicazione del principio di parità di trattamento⁷¹.

Ora se il diritto opera, sovente, la consacrazione in strumenti normativi di alcune sensibilità collettive emerse nel corpo sociale non vi è dubbio che

⁶⁹ Un termine siffatto deve protrarsi, secondo la Corte, per un periodo ragionevole, oltre la data in cui la persona interessata compia tale età, e può iniziare a decorrere solo a condizione che tali autorità abbiano debitamente informato detta persona della perdita della cittadinanza o della relativa imminenza nonché del suo diritto di domandarne, entro detto termine, il mantenimento od il riacquisto. In mancanza, dette autorità devono comunque poter effettuare tale esame, incidentalmente, in occasione di una richiesta, da parte della persona interessata, di un documento di viaggio o di qualsiasi altro documento che attesti la cittadinanza.

⁷⁰ Come attesta costantemente la nostra Corte costituzionale che ha sottolineato da tempo che «al legislatore italiano sia senz'altro consentito di dettare norme, non palesemente irragionevoli e non in contrasto con gli obblighi internazionali, intese a regolare l'ingresso e la permanenza degli stranieri extracomunitari in Italia». Ed ha altresì soggiunto che «è possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata» (enfasi aggiunta); una volta, però – ha aggiunto la Consulta – «che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini» (sentenze n. 306 del 2008, n. 187 del 2010 e n. 61 del 2011).

⁷¹ Il tutto in attuazione non già della procedura *ex art.* 25, co. 2, TFUE ma di quella prevista dall'art. 79 TFUE, n. 2, lettere *a*) e *b*). Essa prevede il ricorso alla procedura legislativa «rafforzata» che contempla la delibera del Consiglio all'unanimità, previa approvazione del PE, e la successiva approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali al fine di integrare i diritti di cittadinanza (contenuti nell'art. 17 TFUE).

risulta avvertita, da tempo, l'esigenza di consacrazione, accanto alla cittadinanza «legale», di espressioni, in senso sostanziale e non formale, di una cittadinanza *de facto* o di una «cittadinanza civica», riconducibili ad una sorta di cosiddetta «cittadinanza sociale» o «attiva» o «di residenza»⁷².

Sicuramente la compiuta definizione di uno *statuto* euro-nazionale del soggiornante di lungo periodo potrebbe costituire un esempio emblematico degli effetti della menzionata «incidenza virtuosa» tra tutela dei diritti fondamentali e diritti di cittadinanza che si traduce nello sforzo definitorio, da parte delle istituzioni europee, nell'ambito della più generale politica migratoria, di *statuti alii*⁷³: statuti permanentemente *in fieri* che richiedono una significativa collaborazione, da parte degli Stati membri, al fine di realizzare veri e propri *statuti* terzi tra quello di cittadino nazionale e quello di cittadino europeo⁷⁴.

Proprio la crisi economica-sociale seguita alla pandemia potrebbe costituire un fattore idoneo a conferire nuovi significati alla ormai risalente esigenza di una corretta regolamentazione di alcuni segmenti della migrazione legale con la messa a punto di strumenti normativi atti a superare le incoerenze evidenziate, *inter alia*, nell'applicazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo⁷⁵. Atto ritenuto «attualmente sottoutilizzato» e

⁷² Esse risultano costruite non già sul legame etnico della nascita ma trovano il loro fondamento nel contributo fornito dallo straniero allo sviluppo dei valori civili della comunità ospitante. V. ancora B. NASCIMBENE, *Nationality Law*, cit., cap. II, sez. II dedicata a "Citizen status and residential citizenship".

⁷³ Una parte della dottrina parla di *citizenship-like freedoms* per i cittadini di Stati terzi rispetto ai cittadini dell'Unione europea. V. S. CARRERA, A. WIESBROCK, *Whose Citizenship to Empower in the Area of Freedom, Security and Justice?*, in *Center for European Policy Studies (CEPS)*, maggio 2010, 2 e 22 che richiama A. WIESBROCK, *Legal Migration to the European Union*, Leiden, 2010, nota 15.

⁷⁴ Così A. WIESBROCK, *op. cit.*

⁷⁵ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, del 25 novembre 2003, in GUUE L 16 44 del 23 gennaio 2004. In dottrina v. D. ACOSTA ARCARAZO, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden/Boston, 2011. Cfr., inoltre, tra i contributi più recenti, D. ACOSTA ARCARAZO, *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership*, in *Eur. Law Jour.*, 2015, pp. 200 ss.; P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti" fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, pp. 33 ss.; A. DI STASI, *La "sfida" dell'integrazione dei soggiornanti di lungo periodo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ed in quella delle Corti italiane*, in L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni della Conferenza di Messina*,

comunque non idoneo a conferire un diritto *effettivo* alla mobilità all'interno dell'Unione europea⁷⁶, nel cronoprogramma allegato al Patto sulla migrazione e l'asilo⁷⁷ del settembre 2020, ne era stata calendarizzata la revisione per il quarto trimestre 2021⁷⁸.

Nell'aprile 2022, la Commissione europea ha adottato una proposta di modifica della direttiva 2003/109/CE⁷⁹ che potrebbe contribuire a definire

Napoli, 2016, pp. 291 ss.; A. PITRONE, *Lo status giuridico del lungo soggiornante: i limiti della direttiva 2003/109/CE*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, 2020, pp. 491 ss.; A. DI STASI, *L'(in)effettività dello statuto del soggiornante di lungo periodo. Verso la riforma della direttiva 2003/109/CE fra criticità applicative e prassi giurisprudenziale*, in *Papers di Diritto europeo*, 2021, pp. 9 ss.; ID., *La prevista riforma della direttiva sul soggiornante di lungo periodo: limiti applicativi e sviluppi giurisprudenziali*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 435 ss.; D. THYM, *Long Term Residents Directive 2003/109/EC*, in D. THYM, K. KAILBRONNER (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, III ed., München-Oxford-Baden-Baden, 2022, pp. 540 ss.

⁷⁶ V. p. 29 del Patto sulla migrazione e l'asilo.

⁷⁷ V. 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*, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609 final. V. il numero monografico di *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n. 2, *Verso un quadro comune europeo ed una nuova governance della migrazione e dell'asilo – Towards a Common European Framework and a New Governance of Migration and Asylum* (Presentazione di A. DI STASI, Editoriale di P. PINTO DE ALBUQUERQUE, Saggi, articoli e commenti di M.C. CARTA, E. CELORIA, M. COMETTI, F. DI GIANNI, C. FRATEA, F. GAUDIOSI, L. MARIN-E. PISTOIA, D. MUSMECI, F.R. PARTIPILO, F. PERRINI, N. RUCCIA, T. RUSSO, P. SALVATI, A. SARDU, C. SCISSA, S. VILLANI), reperibile online al sito internet <http://www.fsjeurostudies.eu/2021,-n-2-.html>.

⁷⁸ Emergeva l'intenzione della Commissione di «proporre un pacchetto sulle competenze e i talenti, compresa una revisione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo». In tale contesto si segnala, anche per i plurimi elementi di collegamento con la direttiva 2003/109/CE (v. in particolare parr. 51 e 52 dei *Consideranda*), la recente entrata in vigore della 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*, in GUUE L 382/1 del 28 ottobre 2021, che abroga la Direttiva 2009/50/CE del Consiglio.

⁷⁹ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione)*, Bruxelles, 27 aprile 2022, COM(2022) 650 final, che *in primis* mira a creare un sistema più efficace, più coerente e più equo per l'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo dell'UE. Tale sistema dovrebbe costituire uno strumento essenziale per promuovere l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che si sono stabiliti legalmente e su base duratura nell'UE. Recentemente, in sede di COREPER, gli Stati membri hanno concordato di procedere all'aggiornamento della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo. Cfr. Cittadini di paesi terzi:

un quadro giuridico complessivo atto a superare le perduranti resistenze rinvenibili nelle prassi nazionali rispetto al soddisfacimento dell'obiettivo primario della garanzia *effettiva* di uno *statuto* del soggiornante di lungo periodo.

Peraltro, le difficoltà degli Stati nel recepire correttamente la direttiva europea sui soggiornanti di lungo periodo avevano trovato conferma nel significativo contenzioso sviluppatosi davanti alla Corte di giustizia dell'UE⁸⁰.

Il riferimento è ad alcune pronunce (prevalentemente rese a seguito di rinvii pregiudiziali, a partire dal *leading case Kamberaj*⁸¹ del 2012) che hanno censurato determinate normative nazionali, ritenute in tutto o in parte contrarie allo scopo ultimo sotteso alla direttiva 2003/109 – ossia la reale «integrazione» dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo – e, pertanto, suscettibili di privare quest'ultima del suo «effetto utile».

Si pensi, tra le più recenti, al caso *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) c. VR* del 25 novembre 2020, in cui la Corte, intervenuta sul delicato tema delle prestazioni sociali cui possono beneficiare i lungo soggiornanti, ha censurato la normativa italiana che, nella determinazione del diritto ad una prestazione di sicurezza sociale, come l'assegno per il nucleo

l'UE aggiorna le norme sullo status di soggiornante di lungo periodo - Consilium (europa.eu)

⁸⁰ V. il commento di S. PEERS, *The Court of Justice lays the foundations for the Long-Term Residents Directive: Kamberaj, Commission v. Netherlands, Mangat Singh*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2013, pp. 529 ss. Cfr. anche R. PALLADINO, in A. DI STASI, R. PALLADINO, *La perdurante frammentarietà dello “statuto” europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *St. integr. eur.*, 2012, pp. 375 ss.

⁸¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233. V., tra tutti, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la Cedu ed offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust. Grande sez., 24.4.2012)* reperibile online al sito internet <https://www.giurcost.org>; J. CAVALLINI, *Égalité de traitement. Aide au logement et discrimination envers les ressortissants d'État tiers, résidents de longue durée*, in *La Semaine Juridique – Social*, 2012, n. 25, p. 55 s., nonché E. CHITI, S. SCREPANTI (a cura di), *Corte di Giustizia e Tribunale dell'Unione europea – Unione europea: Politica sociale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 648; J.P. CHAUCHARD, *L'égalité de traitement entre ressortissants des pays tiers et de l'UE: l'exception des “prestations essentielles”*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, p. 581 s.; K. DE VRIES, *Towards Integration and Equality for Third-Country Nationals? Reflections on Kamberaj*, in *European Law Review*, 2013, pp. 248 ss.

familiare, non prendeva in considerazione i familiari del soggiornante di lungo periodo non residenti nel territorio dello Stato⁸².

O si ricordi ancora il caso *Land Oberösterreich c. KV* del giugno 2021⁸³, in cui i giudici di Lussemburgo hanno rimarcato che, in talune ipotesi, anche qualora le autorità competenti abbiano fatto uso della facoltà di applicare la deroga prevista dall'art. 11, par. 4, la direttiva osti ad un trattamento differenziato per il soggiornante di lungo periodo⁸⁴.

Invero proprio la prassi applicativa relativa alla direttiva 2003/109/CE e quella giurisprudenziale brevemente richiamate testimoniano che definire, in senso normativo, un compiuto «statuto» del c.d. immigrato di lungo periodo significherebbe, invero, uscire dalla perdurante logica di attenzione «difensiva» al problema dell'immigrazione attraverso il rafforzamento di quella reciproca fiducia fra Stati membri, presupposto per il perfezionamento di un compiuto spazio di libertà, sicurezza e giustizia e per la ricerca di una maggiore coerenza sistematica nella consacrazione di nuovi diritti di mobilità. Significherebbe, al tempo stesso, «denazionalizzazione⁸⁵» del tema dell'immigrazione con la progressiva riduzione della giurisdizione domestica alla luce della maggiore residualità possibile delle competenze nazionali ma, soprattutto, significherebbe muoversi nella direzione di configurare, accanto alla cittadinanza «legale», forme di una cittadinanza *de facto* riconducibile ad una sorta di cosiddetta «cittadinanza sociale» o «di residenza».

⁸² Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-303/19, *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)*, ECLI:EU:C:2020:958. Cfr. S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione giustizia*, 6 maggio 2021; C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, in *Giustizia insieme*, 29 gennaio 2021.

⁸³ Corte di giustizia, sentenza del 10 giugno 2021, causa C-94/20, *Land Oberösterreich*, ECLI:EU:C:2021:477.

⁸⁴ Ciò avviene, in particolare, nel caso di un diritto sociale come quello all'abitazione, sicché la concessione di un'indennità di alloggio in favore dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, nella misura in cui sia assimilabile ad una «prestazione essenziale» non può essere subordinata alla condizione che tali soggetti forniscano la prova di possedere conoscenze di base nella lingua di detto Stato membro.

⁸⁵ Con riferimento ad una cittadinanza cosmopolita priva di nazionalità v. L.S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2006, II ed., pp. 116 ss.

5. Considerazioni conclusive: novae e vetero “frontiere” della cittadinanza e possibili sviluppi

Come si anticipava la ricerca condotta è stata diretta ad analizzare gli effetti delle nuove “frontiere” di una cittadinanza europea che sembra apparire “*under stress*” e di una cittadinanza nazionale ancora *under evolution*.

È indubitabile che, nel divenire del processo di integrazione europea, la cittadinanza europea sembra aver esercitato talora un ruolo di “accompagnamento” del complesso percorso di costruzione di un *corpus* di valori identificativi dell’identità europea. Tale funzione ne giustifica la, per così dire, “fisiologica” parabola evolutiva rendendone, per certi versi, preconizzabile l’azione, talora spiccatamente “creativa”, esplicitata dalla Corte di giustizia⁸⁶.

Se la riflessione condotta in questo scritto si inquadra nel perdurante dibattito sui contenuti “espansivi” della cittadinanza europea, al tempo stesso l’indagine non può ignorare il simmetrico dibattito sviluppato negli ordinamenti degli Stati europei che si misurano sovente con riforme mancate delle legislazioni nazionali.

La cittadinanza europea continua ad essere “*paradoxical in nature*”⁸⁷ nella misura in cui risulta oggetto, da un lato, di consacrazione normativa nel diritto dell’Unione e, dall’altro, appare dipendente dal diritto nazionale. Come è noto essa ha registrato la transizione da cittadinanza “incipiente” pre-Maastricht fino a cittadinanza “ancillare” rispetto a quella nazionale nel post Maastricht passando per cittadinanza “complementare” di quella nazionale con il Trattato di Amsterdam nella direzione di una cittadinanza che si aggiunge a quella statutale nel post Lisbona: il tutto anche sulla base di una “contaminazione” fra diritti fondamentali e diritti di cittadinanza⁸⁸ ma anche di una parziale autonomizzazione della cittadinanza dell’Unione europea rispetto alla cittadinanza nazionale.

⁸⁶ In quest’ottica, sarà interessante monitorare l’accoglimento, o meno, da parte della Corte di giustizia, delle argomentazioni della Commissione europea nel deferire Malta innanzi alla Corte di Lussemburgo (ricorso proposto il 21 marzo 2023, causa C-181/23) per aver – tramite i programmi di acquisizione della cittadinanza nazionale per investimenti – «minato l’essenza e l’integrità della cittadinanza dell’Unione» in violazione dell’art. 20 TFUE e disatteso il principio di leale cooperazione sancito dall’articolo 4, paragrafo 3, TUE.

⁸⁷ Così J. SHAW, *EU citizenship: Still a Fundamental Status?*, in R. BAUBÖCK (ed.), *Debating European*, cit., p. 1 ss.

⁸⁸ V. tra tutti, C. HILSON, *What’s in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law*, in *European Law Review*, 2004, pp. 636 ss.

Rispetto a questa *paradoxical nature*, atteso l'innegabile rapporto intercorrente tra la cittadinanza europea e la cittadinanza nazionale, in che misura un (eventuale) diverso atteggiarsi della seconda potrebbe determinare effetti sulla prima? E, visto che, *ex art. 20* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la cittadinanza europea si aggiunge a quella nazionale – acquistandosi in via derivativa con le inevitabili conseguenze che discendono dall'esplicazione delle singole sovranità nazionali in materia – in che misura un (eventuale) diverso atteggiarsi della prima potrebbe comportare effetti sulla seconda?

Orbene, se la Corte di giustizia ha costantemente affermato (come emerge chiaramente nella citata sentenza *Rottmann*, oggetto di conferme nel *case law* successivo ed in particolare nella più recente pronuncia resa nel caso *Tjebbes e a.*⁸⁹), la subordinazione della normativa statale sulla cittadinanza al rispetto del diritto dell'Unione europea nondimeno la competenza esclusiva degli Stati membri dell'UE in materia non riduce le delicate questioni legate alla (forse comprimibile ma non eliminabile) dipendenza della cittadinanza europea da quella nazionale⁹⁰.

Come nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia la nozione di cittadinanza europea continua ad evidenziare una sorta di frammentazione rispetto a *status alii* e a fattispecie differenziate meritevoli di tutela, all'interno di atti normativi di diritto derivato, così negli ordinamenti na-

⁸⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104 e sentenza del 12 marzo 2019, causa C-221/17, *Tjebbes e a.*, ECLI:EU:C:2019:189.

⁹⁰ V., da ultima Corte di Giustizia, sentenza del 22 giugno 2023, causa C-459/20, *X c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2023:499. In essa la Corte dichiara che la circostanza che un figlio minore, cittadino dell'Unione europea, in possesso della cittadinanza di uno Stato membro, viva dalla nascita al di fuori del territorio di tale Stato membro e non abbia mai soggiornato nel territorio dell'Unione, non esclude che uno dei suoi genitori, cittadino di un paese terzo, dal quale il figlio è dipendente, possa godere di un diritto di soggiorno derivato fondato sull'articolo 20 TFUE, purché sia accertato che il figlio entrerà e soggiognerà nel territorio dello Stato membro di cui possiede la cittadinanza in compagnia del suddetto genitore. Al fine di valutare il rapporto di dipendenza, vanno prese in considerazione, secondo il ragionamento della Corte, le circostanze pertinenti, senza che possano essere considerati determinanti al riguardo il fatto che il genitore cittadino di un paese terzo non si sia sempre assunto la cura quotidiana di tale figlio, ma ne abbia ormai l'affidamento esclusivo, né il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, possa assumersi l'onere quotidiano ed effettivo di detto figlio. Con riferimento alla verifica del rapporto di dipendenza rispetto ad una decisione di divieto di ingresso nel territorio dell'Unione europea nei confronti di un cittadino di un paese terzo familiare di un cittadino europeo

zionali emergono nuove o diverse sensibilità collettive e nuovi bisogni giuridici che rendono insufficienti gli strumenti legislativi esistenti.

Se la Corte di Giustizia, pure in tema di cittadinanza europea particolarmente attiva, ha evitato di affrontare le delicate questioni inerenti al rapporto fra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale, nondimeno il godimento dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione in tema di libera circolazione e il possesso di una cittadinanza nazionale (come conseguenza del ricorso a tecniche di procreazione che ciascuno Stato disciplina in maniera autonoma) determina non poche discrasie sul piano giuridico⁹¹.

Al tempo stesso i *follow up* di fatti quali le ricorrenti “emergenze” migratorie, il post Brexit ma anche la perdurante crisi economica e sociale rischiano di arrivare fino al punto di porre in antitesi cittadinanza e identità nazionale.

Ulteriore fattore suscettibile di incidere, *ab extra*, sulla cittadinanza dell'UE è costituito dalle conseguenze della Brexit per i cittadini britannici che si trovano sul territorio dell'UE e per i cittadini dell'UE residenti nel Regno Unito⁹². Esso rappresenta sicuramente un fatto che comporta significativi approfondimenti anche alla luce della configurabilità di ulteriori “statuti” cd. di residenza – che si ricollegano ad elementi fattuali (*in primis* la residenza) – idonei a compensare per i primi la perdita della cittadinanza europea, per i secondi l'acquisizione da parte del Regno Unito dello *status* di Paese terzo.

Ora è noto che, nel periodo di transizione (terminato il 31 dicembre 2020), i cittadini britannici hanno rinvenuto nell'Accordo di recesso la possibilità di conservare alcuni diritti ma sappiamo altresì che sono stati privati di altri corollari essenziali della (perduta) cittadinanza europea quali, ad esempio, il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nel loro Stato membro di residenza. Sotto questo profilo si inquadra la recente prassi di conclusione di accordi bilaterali tra il Regno Unito e singoli Stati membri volti a garantire, a condizione di reciprocità, l'esercizio del diritto di voto alle elezioni locali dei propri cittadini che siano residenti nell'altro Stato laddove la recente pronuncia resa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia, nella causa *Préfet du*

⁹¹ V. ancora M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione Europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 347 ss.

⁹² V. C. COLUCCI, *La cittadinanza sociale europea tra la consolidata “giurisprudenza restrittiva” della Corte di Giustizia e la nuova “prova di resistenza” della Brexit*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 291 ss.

*Gers*⁹³, ha confermato l'esclusione, in capo ai cittadini britannici, del godimento del diritto all'elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza⁹⁴.

In conclusione, in tale contesto estremamente fluido e variegato, sembra non semplice il perfezionamento di soluzioni normative e giurisprudenziali (tanto sul piano nazionale che su quello europeo) capaci di declinare la cittadinanza e le cittadinanze alla luce di un adeguato bilanciamento tra i valori della solidarietà e della progressiva integrazione del non cittadino nelle comunità ospitanti e quelli della salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, ma anche idonee ad assicurare un corretto contemperamento delle identità nazionali con una sempre più articolata identità europea.

ABSTRACT

Current dimensions and “frontiers” of an under evolution national citizenship and of an under stress European citizenship

This paper provides a critical analysis of European Union citizenship three decades after its formal establishment by the Maastricht Treaty. By examining the evolution of EU citizenship within the broader process of European integration, the paper aims to assess its potential for expansion and its permeability to the evolving dynamics of national citizenship. The paper questions the current dimensions and “frontiers” of both national and European citizenship, considering the former as permanently “under evolution” and the latter as “under stress.” It also explores the increasingly fluid and unstable balance between national and European citizenship, highlighting the paradoxical nature of EU citizenship as both enshrined in EU law and dependent on national law. The analysis also addresses the impact of the “stress factors” that have contributed to a potential decline of

⁹³ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 9 giugno 2022, causa C-673/20, *EP. c. Préfet du Gers, Institut National de la Statistique et des Études Économiques*, ECLI:EU:C:2022:449. V. G. NADDEO, *L'impatto della Brexit sulla dimensione politica della cittadinanza europea: focus sul diritto di voto alle elezioni locali nello Stato di residenza*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 543 ss. Si vedano poi anche le sentenze della Corte di giustizia del 15 giugno 2023, causa C-499/21 P, *Silver e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2023:479; causa C-501/21, *Shindler e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2023:480 e causa C-502/21, *Price c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2023:482.

⁹⁴ Anche qualora siano altresì privati, in forza del diritto dello Stato di cui sono cittadini, del diritto di voto alle elezioni indette da quest'ultimo Stato.

the concept of European citizenship, including Brexit, recurring migratory “emergencies,” and the ongoing economic and social crisis.

STATO DI DIRITTO E PRINCIPIO DI OSPITALITÀ:
MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI E
TUTELA DELLA SALUTE

*Alberto Marchese** – *Aurora Vesto***

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva: il c.d. “principio di ospitalità”. – 2. I minori stranieri non accompagnati: la parità di trattamento nella prospettiva eurounitaria e giurisprudenziale. – 3. Il migliore interesse del minore straniero non accompagnato nella gerarchia delle fonti e nelle prospettive di rafforzamento del suo status attraverso il principio di inclusione. – 4. Le prospettive di tutela del diritto alla salute.

1. *Nota introduttiva: il c.d. “principio di ospitalità”*

Tra i principi generali di un moderno “Stato di diritto” vi è senza dubbio quello dell’ospitalità.

Un principio che sottende l’essenza stessa del “vivere in comune” e che si qualifica – sotto il profilo giuridico-sociale – per essere funzionale al riconoscimento (e all’adeguato apprezzamento) di molteplici diritti sociali¹. Con riferimento ai soggetti di nazionalità estera o apolidi il generico riferimento a non meglio identificati “diritti dei migranti” è, a mio avviso, fortemente anfibologico in quanto cela al suo interno un certo tasso di ambiguità, dal momento che non distingue, innanzitutto, tra migranti ed immigrati, concetti che anche con riferimento a questo specifico settore d’indagine andrebbero mantenuti distinti, e non evoca, quale necessario *tertium comparationis*, il riferimento ai “diritti dei minori” *tout court* che rappresentano la cartina al tornasole per qualsiasi giudizio in merito alla piena corrispondenza dei diritti sociali anche in ambito sanitario.

* Professore associato di Diritto privato, Università degli Studi di Messina.

** Professoressa associata di Diritto privato, Università per Stranieri “Dante Alighieri” Reggio Calabria.

¹ Senza pretesa di esaustività, utili riferimenti sul tema in A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, p. 379 ss., con espresso richiamo a Corte EDU, *Airey c. Irlanda*. L’inconsistenza assiologica di formule quali «diritti sociali» o «Stato sociale» è da tempo rilevata dalla più avvertita dottrina; v. in merito A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivistaaic.it*, 4/2011; e, ancora, A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consultaonline.it*, *passim*.

La distinzione sopra richiamata è una distinzione antica, traccia se ne trova – tra l'altro – in quella mirabile composizione epica che è l'Eneide virgiliana. Nella saga di Enea e dei Troiani che cercano ospitalità sulle coste del Mediterraneo c'è un episodio emblematico dove il tema dell'accoglienza dello straniero emerge con straordinario nitore. Quando i nostri naufraghi giungono sul litorale di Cartagine vengono dapprima accolti con ostilità (i Cartaginesi minacciano di bruciare le loro navi e di disperdere gli stranieri in mare - si direbbe vichianamente: «i corsi ed i ricorsi della storia»!) e proprio in questo contesto si alza forte il grido di Ilioneo (portavoce dei Troiani): «*Che stirpe d'uomini è questa? O quale mai tanto barbara patria permette questi usi? Ci nega accoglienza alla riva, ci aggredisce, e ci scaccia dal margine estremo del lido. Se disprezzate il genere umano e le armi mortali, temete almeno gli dèi che hanno memoria del giusto e dell'ingiusto*».

E, a onore del vero, Didone marca subito la differenza con i suoi concittadini e con parole profetiche offre accoglienza «*non obtunsa adeo gestamus pectora Poeni - non sordi a tal punto abbiamo i cuori noi Punici*».

L'aneddoto dimostra l'esistenza di un diritto più alto che non può non riconoscere aiuto a chi versi in stato di pericolo. Del resto, allo stesso Virgilio non potevano non essere note le tradizioni elleniche e, in particolar modo, quelle legate al culto della dea Demetra (dea della fecondità e dei raccolti) e dei suoi sacerdoti (i Bouzygai) che, annualmente, in occasione della festa del grano (che segnava l'inizio della mietitura), erano soliti scagliare le loro maledizioni (arài) contro tre distinte categorie di persone: a) coloro che si rifiutavano di concedere acqua e fuoco a chi ne faceva richiesta; b) coloro che si rifiutavano di mostrare la strada agli erranti; c) e, infine, coloro che negavano sepoltura ad un cadavere. A dimostrazione del fatto che offrire accoglienza e indicare la via a chi l'aveva smarrita era un atto dovuto al pari del concedere degna sepoltura, un atto denso di valore morale ma, al tempo stesso, di forti connotazioni giuridiche.

Scivolando, con un salto cronologico di un paio di millenni, dal piano storico-mitologico a quello del diritto positivo, il discorso muove da un dato che può dirsi oramai assodato e sul quale si registra un largo e radicato consenso non solo in ambito statale ma anche in ambito sovranazionale (si pensi alle molteplici pronunce della Corte di Giustizia e della Corte EDU) vale a dire che i diritti c.d. sociali appartengono *pleno et optimo jure* alla categoria dei diritti fondamentali² e, proprio per ciò, possono essere consi-

² Sulla inerenza dei diritti fondamentali e applicazione del principio di eguaglianza anche agli stranieri si rimanda a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, fasc. 4, pp. 950-982.

derati inviolabili, quantomeno nella accezione che a questo termine viene riservata dall'art. 2 della nostra Carta costituzionale.

Come noto, la conferma dell'appartenenza anche dei diritti sociali al più vasto ed articolato catalogo dei diritti c.d. "inviolabili" è oggi pienamente confermata dall'art. 117, secondo comma, lett. m) Cost. a mente del quale: «Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», disposizione che non opera, a ben vedere, alcuna surrettizia distinzione tra una «tipologia» o l'altra di diritti e che, invece, patrocina (sul piano interpretativo) una piena equiparazione fra diritti sociali e diritti civili giacché sia gli uni che gli altri necessitano di prestazioni che spetta alla legge, in ultima analisi, definire.

Ciò significa, evidentemente, che la parità di trattamento, in via di principio riservata a tutti i diritti sopra menzionati, necessita di essere attualizzata in virtù delle specifiche caratteristiche di ciascun singolo diritto o, più esattamente, delle singole fattispecie giuridiche cui tale diritto dovrà offrire, in definitiva, una compiuta regolamentazione ed una effettiva tutela. La questione del riconoscimento di nuove o più performanti tutele, con riferimento al diritto alla salute, è, dunque, essa stessa, una questione "fondamentale" al pari di quella sulla ampiezza del contenuto assiologico di cui sarebbe fornito il relativo diritto.

Sullo sfondo il rischio, pur sempre presente, di una pericolosa soggettivizzazione arginabile soltanto per il tramite di regole certe e trasversalmente riconosciute.

2. I minori stranieri non accompagnati: la parità di trattamento nella prospettiva eurounitaria e giurisprudenziale

Nei principi generali il T.U. sull'immigrazione³ all'art. 2 rubricato «Diritti e doveri dello straniero» – attribuisce allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato «i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1, T.U. immigr.). E, come evidenziato nel secondo comma, «[l]o straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo

³ D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in G.U. n. 191 del 18 agosto 1998, Suppl. ord. n. 139.

che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente [...]» (art. 2, comma 2, T.U. immigr.). Pertanto, alla luce di tali diritti lo straniero «regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale» (art. 2, comma 4, T.U. immigr.) e ad egli «è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge» (art. 2, comma 5, T.U.).

Tra gli immigrati, le donne in gravidanza ed i minori non accompagnati rappresentano le categorie più fragili; proprio con riferimento ai minori stranieri non accompagnati (di seguito MSNA), in ragione della loro vulnerabilità, il legislatore italiano ha rivolto particolare attenzione con l'introduzione della Legge c.d. Zampa, Legge 7 aprile 2017, n. 47, «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati»⁴, con l'obiettivo di favorire la loro inclusione in Italia, sostenendone i percorsi verso l'autonomia fino al compimento della maggiore età.

Nei confronti dei minori stranieri l'ordinamento italiano avanzava già prima del 2017 una tutela «prioritaria» che tutelava i minori che entravano in Italia per riacquistare l'unità familiare⁵ e che in attuazione delle Direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE, dell'art. 18, comma 1, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (che dispone con carattere di priorità l'applicazione delle misure di accoglienza previste per i MSNA) nonché della Istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (legge 12 luglio 2011, n. 112), ha con Decreto Ministeriale del 1 settembre 2016⁶ previsto

⁴ In G.U. n. 93 del 21 aprile 2017. In dottrina il dibattito in merito alla nuova legge è stato intenso; senza spirito di esaustività si rimanda almeno ad A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, fasc. 9, pp. 1299-1309; A. CORDIANO, *"The best interest of unaccompanied foreign child" e gli istituti di diritto minorile: un caso di convergenze (quasi) parallele*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, fasc. 2, pp. 409-436.

⁵ Vedi art. 28 (Diritto all'unità familiare) del T.U. immigr.

⁶ In G.U. 8 settembre 2016, n. 210. Il D.M., all'art. 2, lett. a), definisce «per minore straniero non accompagnato: il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea e l'apolide di età inferiore agli anni diciotto, che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale». I centri di prima accoglienza devono trovarsi in luoghi facilmente raggiungibili e devono «garantire l'accesso ai servizi e alla vita sociale del territorio» (art. 3, comma 1, DM). Anche se la normativa prevede che «ogni centro assicura la permanenza continuativa del minore straniero non accompagnato nell'arco delle 24 ore, per un periodo non superiore a sessanta giorni» (art. 3, comma 2, DM), l'esperienza dimostra che, spesso, il periodo di tempo di intrattenimento in questa struttura del minore supera i sessanta giorni. Ogni centro di prima accoglienza, inoltre, «garantisce l'ospitalità di 50 minori in almeno due sedi alla stessa destinate in via esclusiva».

l'Istituzione di centri governativi di prima accoglienza dedicati ai MSNA. La tutela dei minori si è poi estesa anche con l'applicazione dell'istituto della *Kafalah*⁷ in una prospettiva di equo bilanciamento dei valori costituzionali, in conformità all'ordine pubblico e soprattutto al fine di garantire il "migliore interesse del minore", in aderenza a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

Le modalità d'ingresso e di soggiorno in Italia dei minori stranieri dipendono, innanzitutto, dalla loro condizione familiare, cioè se il minore:

a) fa ingresso o si trova sul territorio nazionale "accompagnato" dai suoi genitori o da un adulto che ne abbia la rappresentanza legale;

b) oppure se il minore si trova in Italia da solo, cioè "non accompagnato" dai suoi genitori o da un adulto che eserciti nei suoi confronti la responsabilità genitoriale.

Nel primo caso, l'ingresso in Italia del minore al seguito dei suoi genitori è consentito ai fini del «ricongiungimento familiare», come disciplinato dall'art. 29 T.U. immigr., purché il genitore, regolarmente soggiornante in Italia, dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito di cui all'art. 29, comma 3, T.U. immigr. Difatti, nella maggioranza dei casi, il minore straniero giunge in Italia in un momento successivo alla emigrazione dell'adulto, in seguito alla domanda di «ricongiungimento familiare» (avanzata dal genitore, dall'affidatario o dal tutore straniero già residente in Italia che sia titolare di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno.

A questa ipotesi, si aggiunge quella, non meno frequente, del minore straniero che fa ingresso nel territorio italiano in vista dell'adozione inter-

Ciascuna sede può accogliere fino ad un massimo di 30 minori» (art. 3, comma 3, DM). Ed infine, l'art. 5 del DM disciplina il regolamento del Centro, predisponendo le modalità di erogazione dei servizi di accoglienza per assicurare condizioni di vita adeguate alla minore età e al benessere e allo sviluppo del minore straniero non accompagnato, disciplinando, tra l'altro, le uscite giornaliere, le modalità di compilazione della scheda individuale, l'erogazione dei pasti, le modalità dell'orientamento all'apprendimento della lingua italiana, la turnazione di ciascuna figura professionale, nonché gli adempimenti necessari a garantire la continuità e la regolarità dei servizi, anche tramite periodici incontri del gruppo multidisciplinare degli operatori.

⁷ Per approfondimenti sia consentito il rinvio ad A. VESTO, *Istanze interculturali ed asiologia delle formazioni sociali: la tutela del minore e della donna musulmana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 927-972, spec. p. 951 ss. Per una indagine di carattere generale, alla luce della relatività, storicità e funzione promozionale della clausola generale di ordine pubblico e della valutazione comparativa degli interessi anche nel caso della *kafalah*, si rimanda a G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2021, fasc. 4, pp. 1382-1435.

nazionale (regolata dal Capo I, del Titolo III, della l. 4 maggio 1983, n. 184) da parte di una coppia residente in Italia.

La situazione, invece, è molto più complessa nel caso in esame, cioè quando si ha un minore straniero “non accompagnato”.

Si intendono “non accompagnati” quei minorenni che si trovano sul territorio italiano senza un adulto (genitore o tutore) che abbia una responsabilità legale nei loro confronti. A tal proposito la legge Zampa⁸, nel chiarire che nei confronti di tali minori sussiste una condizione di reciprocità e parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell’Unione europea, dà una definizione di MSNA, prevedendo che «[...] per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell’Unione Europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano» (art. 2, legge n. 47 del 2017)⁹. Ta-

⁸ Il Consiglio di Stato ritiene che la legge n. 47 del 2017 stabilisca le procedure per l’identificazione e l’accertamento dell’età dei migranti in modo uniforme a livello nazionale; così Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2017, n. 6191, in *Foro amm.*, 2017, c. 2380: «Il nuovo regime introdotto dalla c.d. «legge Zampa» n. 47 del 2017 — che disciplina gli aspetti fondamentali per la vita degli extracomunitari migranti minori non accompagnati — stabilisce le procedure per l’identificazione e l’accertamento dell’età dei migranti in modo uniforme a livello nazionale, tutelando la loro condizione di particolare fragilità; ed infatti il minore non accompagnato e giunto in Italia privo di documenti viene dapprima sottoposto ad un colloquio con l’ausilio di un mediatore culturale, e con l’assistenza di organizzazioni che si occupano della tutela dei minori, gli viene innanzitutto garantita la protezione umanitaria, e solo dopo viene identificato mediante l’ausilio di mediatori culturali e del tutore, anche provvisorio; se sussistono dubbi sulla sua età anagrafica, viene richiesta da parte della Procura della Repubblica al Tribunale per i minorenni l’esecuzione di esami socio-sanitari, seguendo una specifica procedura multidisciplinare per l’accertamento dell’età, ed in caso di persistenti dubbi sulla minore età, nonostante gli accertamenti sanitari, questa si presume ad ogni effetto di legge; la nuova è diretta ad escludere in radice ogni dubbio sulla corretta individuazione dell’età anagrafica del migrante non accompagnato e privo di documenti».

⁹ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 29 dicembre 2021, n. 41930, in *Giustizia Civile Massimario*, 2022: «Ai sensi dell’art. 2 della l. n. 47 del 2017 si qualifica come “minore straniero non accompagnato”, ai fini dell’applicazione degli istituti di tutela apprestati dall’ordinamento, il minore che, non solo sia privo di assistenza materiale, ma che sia anche privo di soggetti che ne abbiano la rappresentanza legale in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano, allo scopo di garantirne l’interesse superiore e di esercitare la capacità di agire per suo conto, ove necessario. Nella categoria dei minori stranieri non accompagnati, in particolare, rientra anche quella dei minori affidati di fatto dai loro genitori residenti all’estero ad un parente che sia in grado di prendersene cura in Italia. (Nella specie la S.C. ha dichiarato la competenza del Tribunale per i minorenni e non del Tribunale ordinario, all’apertura di una tutela in favore di un minore straniero, privo di genitori sul territorio nazionale, ma, da essi stessi, affidato, con atto notarile, alle cure ed alla rappresentanza legale della sorella di-

le definizioni coincide con la terminologia adoperata nel codice civile, agli artt. 343 ss., come presupposto per l'apertura della «tutela» ed infatti la legge n. 47 del 2017 istituisce per i MSNA i c.d. «tutori volontari» disciplinando l'elenco degli stessi all'art. 11; difatti possono essere iscritti nell'elenco dei «tutori volontari»¹⁰, istituito presso ogni Tribunale per i minorenni, «i privati cittadini», selezionati e adeguatamente formati dal Garante regionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di almeno uno e non più di tre minori stranieri non accompagnati. Per privati cittadini si intendono tutti i residenti dotati dei requisiti personali richiesti; vi rientrano anche i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti.

Nella prospettiva di non considerare il multiculturalismo un limite ma tutelare sempre la dignità e i diritti fondamentali della persona, l'art. 3, comma 1, lett. a) della legge n. 47 del 2017 ha, pertanto, inserito nell'art. 19 del T.U. immigr.¹¹ un ulteriore comma, il comma 1 *bis*, ai sensi del quale si prescrive che «In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati»¹². Il rafforzamento di tale tutela si rivela nel combinato disposto della disposizione citata con l'art. 10 della legge n. 47 del 2017 che disciplina i «Permessi di soggiorno per minori stranieri per i quali sono vietati il respingimento o l'espulsione», poiché la norma prevede che il questore rilasci il permesso di soggiorno in due ipotesi: o per minore età o per motivi familiari. Con riferimento alla prima ipotesi la disposizione prevede che in caso di minore straniero non accompagnato, rintracciato nel territorio nazionale e segnalato alle autorità competenti, il permesso di soggiorno per minore età è rilasciato, su richiesta dello stesso minore, direttamente o attraverso l'esercente la responsabilità genitoriale, anche prima della nomina del tutore ai sensi dell'art. 346 c.c., ed è valido fino al compimento della maggiore età¹³. La funzionalità di tale pre-

morante in Italia, così escludendo la validità nel nostro ordinamento di tale forma di delega della responsabilità genitoriale)».

¹⁰ Per un approfondimento si rinvia ad J. LONG, *La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati al vaglio del giudice delle leggi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1298-1303, commento alla sentenza della Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218 (in *giurcost.it*), che mostra, sia pure senza intervenire in modo esplicito sul punto, l'anacronicità e l'inadeguatezza dell'omogeneizzazione tra la tutela di minorenni e quella di maggiorenni «vulnerabili».

¹¹ Anche la rubrica della disposizione ha subito un mutamento in considerazione dello scenario che le migrazioni andavano a rappresentare già da diverso tempo; infatti nel 2011 sono state aggiunte alla rubrica della norma le parole «Disposizioni in materia di categorie vulnerabili» facendo emergere la fragilità delle persone coinvolte, nei riguardi delle quali vige un divieto di espulsione e di respingimento.

¹² Art. 19, comma 1 *bis*, T.U. immigr.

¹³ V. art. 10, comma 1, lett. a), legge n. 47 del 2017.

visione è di intuitiva comprensione, giacché con il permesso di soggiorno i minori stranieri acquistano i medesimi diritti dei minorenni italiani o dell'U.E. e, pertanto, hanno diritto all'assistenza sanitaria, a tutte le prestazioni del servizio sanitario nazionale (medicinali, ricoveri in ospedale, visite mediche specialistiche, certificati, etc.), previa iscrizione a tale servizio, come previsto nel Capo I del Titolo V del T.U. immigr., agli artt. 34 ss. Tuttavia, che la condizione di tali minori sia critica si evince anche dal ruolo affidato al Comitato per i minori stranieri¹⁴, a cui i minori, a seguito del rilascio del permesso di soggiorno per minore età, vengono obbligatoriamente segnalati, al fine di assisterli in tale processo, con una indagine accurata nel Paese d'origine del minore, per comprendere quale sia la soluzione più opportuna e pertanto procedere con «le modalità di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati presenti nel territorio dello Stato, nell'ambito delle attività dei servizi sociali degli enti locali [...] ai fini dell'accoglienza, del rimpatrio assistito e del ricongiungimento del minore con la sua famiglia nel Paese d'origine o in un Paese terzo» [art. 33, comma 2, lett. b), T.U. immigr.]. La legge Zampa ha modificato la disposizione prevedendo che il provvedimento di rimpatrio del minore straniero non accompagnato «è adottato dal tribunale per i minorenni competente» (art. 33, comma 2 bis, T.U. immigr.) mentre prima era adottato direttamente dal Comitato. Inoltre, l'adozione di una decisione di rimpatrio «è subordinata alla circostanza che nello Stato di destinazione sia disponibile un'accoglienza adeguata»¹⁵ e non può essere effettuata solo in base all'età; bisogna effettuare una valutazione generale e approfondita della situazione del minore, tenendo in rilevanza la riconduzione alla sua famiglia di origine.

Se il rimpatrio non risponde all'interesse del minore, in ogni caso lo Stato non può collocare il minore in un centro per adulti perché così commetterebbe una violazione sia del diritto al rispetto della vita privata sia dell'art. 3 della CEDU, tutte le volte in cui il centro per adulti è sovraffollato, privo di adeguate condizioni igieniche¹⁶.

¹⁴ Disciplinato dall'art. 33 T.U. immigr.

¹⁵ Così Corte giustizia UE, sez. I, 14 gennaio 2021, n. 441, in *DeJure*. La Corte, inoltre, precisa che «Il criterio del quindicesimo anno di età non può essere l'unico elemento da considerare al fine di verificare le condizioni di accoglienza, dovendosi operare caso per caso una valutazione generale ed approfondita, piuttosto che un'indagine automatica in base al solo criterio anagrafico. Qualora venga assunta una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, l'art. 8, par. 1, della direttiva 2008/115 va interpretato nel senso che lo Stato membro non deve attendere il raggiungimento dell'età di diciotto anni del minore per procedere al conseguente allontanamento».

¹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2022, ricorso n. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*, in *Guida al diritto*, 2022, pp. 31-32.

3. *Il migliore interesse del minore straniero non accompagnato nella gerarchia delle fonti e nelle prospettive di rafforzamento del suo status attraverso il principio di inclusione*

Che il MSNA sia destinatario di una parità di trattamento è confermato anche dalla legge n. 47 del 2017, la quale all'art. 1 dichiara che «I minori stranieri non accompagnati sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea». Pertanto non solo si applicheranno anche ai MSNA le leggi di settore e le leggi speciali predisposte a tutela dei minorenni, come la legge 4 maggio 1983, n. 184, «Diritto del minore ad una famiglia» (che dedica il Titolo III della legge al tema «Dell'adozione internazionale») ma soprattutto la legislazione ordinaria ed i principi fondamentali della Costituzione Italiana. Nell'ordinamento italiano significativo è stato il mutamento del diritto di famiglia, avvenuto con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 e con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha posto le premesse per un diritto sempre più attento e rivolto a garantire una dimensione “puerocentrica”, in cui il minore viene posto al centro del sistema, non solo della famiglia ma anche di tutte le formazioni sociali funzionali alla sua crescita.

Appare, dunque, coerente con il sistema accogliere una prospettiva “puerocentrica” anche nei confronti del MSNA che deve essere sostenuto all'interno delle formazioni sociali, come previsto non solo dalla legge ordinaria e costituzionale ma anche dalle fonti sovranazionali. In tale prospettiva il richiamo è rivolto sia alla Cedu e soprattutto agli artt. 8¹⁷, 12¹⁸, 14¹⁹ che alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), la quale oltre a vietare (*ex art. 21*) le discriminazioni anche a carattere sessuale, si occupa all'art. 24 dei diritti del bambino, il cui interesse superiore «deve essere considerato preminente» (art. 24, comma secondo, Carta di Nizza). In tale prospettiva la legge n. 47 del 2017 (con l'art. 6, comma secondo,) ha inserito nell'art. 19 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, tre nuovi commi, tra cui il comma 7-*quater* secondo il quale «Qualora siano individuati familiari idonei a prendersi cura del minore straniero non ac-

¹⁷ L'articolo 8, al primo comma, prevede che «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza» e nel comma secondo che «Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹⁸ L'art. 12 assicura ad ogni persona, a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia.

¹⁹ L'art. 14, invece, si riferisce al divieto di discriminazione.

compagnato, tale soluzione deve essere preferita al collocamento in comunità», così attribuendo al collocamento in comunità, carattere residuale, gerarchicamente subordinato alla realtà familiare del minore che deve essere messa in condizione di poter promuovere la personalità del minore all'interno sia della famiglia d'origine che della società. D'altra parte, la centralità dell'interesse del minore straniero non accompagnato si rivela anche nell'esercizio del «provvedimento di rimpatrio assistito e volontario» che viene adottato dal tribunale per i minorenni competente (sentiti il minore e il tutore, tenuto conto delle indagini familiari effettuate nel Paese di origine o in un Paese terzo, nonché la relazione dei servizi sociali competenti in merito alla situazione del minore in Italia) quando «il ricongiungimento» del minore «con i suoi familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo corrisponda al superiore interesse del minore» (art. 8, comma 1, l. n. 47 del 2017).

Se non è possibile individuare dei familiari, o ciò non corrisponda al superiore interesse del minore, allora la legge predispone lo strumento dell'affidamento familiare. L'art. 7 della legge n. 47 del 2017, infatti, inserendo dopo il primo comma dell'art. 2 della l. 4 maggio 1983, n. 184, il comma 1-*bis*, prevede che «Gli enti locali possono promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l'affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza».

L'articolo 5 della legge n. 47 del 2017, che si occupa della “*Identificazione dei minori stranieri non accompagnati*”, al primo comma prevede che «dopo l'articolo 19 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, è inserito il seguente: “Art. 19-*bis* (Identificazione dei minori stranieri non accompagnati). - 1. Nel momento in cui il minore straniero non accompagnato è entrato in contatto o è stato segnalato alle autorità di polizia, ai servizi sociali (...), il personale qualificato della struttura di prima accoglienza svolge, (...) coadiuvato, ove possibile, da organizzazioni, enti o associazioni con comprovata e specifica esperienza nella tutela dei minori, un colloquio con il minore, volto ad approfondire la sua storia personale e familiare e a far emergere ogni altro elemento utile alla sua protezione, (...). Al colloquio è garantita la presenza di un mediatore culturale».

In seguito al colloquio «il personale qualificato della struttura di accoglienza compila un'apposita cartella sociale, evidenziando elementi utili alla determinazione della soluzione di lungo periodo migliore nel superiore interesse del minore straniero non accompagnato. La cartella sociale è trasmessa ai servizi sociali del Comune di destinazione e alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni» (art. 9, comma 2, l. n. 47 del 2017).

Rilevante è la disciplina contenuta nel comma tre dell'art 5, della l. n. 47 del 2017, il quale enuncia che «L'identità di un minore straniero non accompagnato è accertata dalle autorità di pubblica sicurezza, coadiuvate da mediatori culturali, alla presenza del tutore o del tutore provvisorio se già nominato, solo dopo che è stata garantita allo stesso minore un'immediata assistenza umanitaria. Qualora sussista un dubbio circa l'età dichiarata, questa è accertata in via principale attraverso un documento anagrafico, anche avvalendosi della collaborazione delle autorità diplomatico-consolari. L'intervento della rappresentanza diplomatico-consolare non deve essere richiesto nei casi in cui il presunto minore abbia espresso la volontà di chiedere protezione internazionale ovvero quando una possibile esigenza di protezione internazionale emerga a seguito del colloquio previsto dal comma 1. Tale intervento non è altresì esperibile qualora da esso possano derivare pericoli di persecuzione e nei casi in cui il minore dichiari di non volersi avvalere dell'intervento dell'autorità diplomatico-consolare. (...)». Nonostante ciò, se permangono dubbi sull'età dichiarata del minore, sarà compito della Procura della Repubblica, presso il tribunale per i minorenni, disporre opportuni esami sociosanitari per l'accertamento dell'età anagrafica. Appena si raggiunge un risultato sull'età presunta del minore, questo deve essere comunicato al minore o all'esercente la responsabilità genitoriale e all'autorità giudiziaria ma sempre indicando, nella relazione finale «il margine di errore» (art. 5, comma 7, legge n. 47 del 2017) e anche qualora persistessero dubbi sulla minore età «questa si presume ad ogni effetto di legge» (art. 5, comma 8, legge n. 47 del 2017)²⁰. Il provvedimento di attribuzione dell'età deve essere notificato sia allo straniero sia all'esercente i poteri tutelati, ove nominato, consentendone così l'impugnazione in sede di reclamo ai sensi degli articoli 737 c.p.c. ss.

Nella realizzazione di una prospettiva «puerocentrica» di valorizzazione della personalità dei MSNA all'interno delle formazioni sociali, l'ordinamento favorisce l'inserimento del minore nella società come si evince dall'art. 14 della legge n. 47 del 2017 che ponendo in rilievo il «Diritto alla salute e all'istruzione» prevede al comma secondo che «In caso di minori non accompagnati, l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale è ri-

²⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 marzo 2020, n. 6520, in *Giustizia Civile Massimario*, 2020: «In tema di minori stranieri non accompagnati, il provvedimento con cui il Tribunale per i minorenni, all'esito del procedimento previsto dall'art. 19-bis del d.lgs. n. 142 del 2015, attribuisce l'età al minore è provvisto di una duplice valenza, nel senso che non solo è funzionale all'adozione delle misure di protezione previste per tale categoria di minori, ma, come si desume dal comma 9 della norma, è destinato altresì a riverberare i suoi effetti anche in altri rami (amministrativo e penale) dell'ordinamento che fanno dell'età il presupposto discriminatorio per l'applicazione di un trattamento differenziato rispetto a quello ordinario».

chiesta dall'esercente, anche in via temporanea, la responsabilità genitoriale o dal responsabile della struttura di prima accoglienza». Nel comma terzo, poi, l'art 14 è diretto a garantire il diritto all'istruzione in capo ai minori stranieri non accompagnati, giacché consente che le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado si attivino «per favorire l'assolvimento dell'obbligo scolastico (...) e formativo da parte dei minori stranieri non accompagnati, anche attraverso la predisposizione di progetti specifici che prevedano, ove possibile, l'utilizzo o il coordinamento dei mediatori culturali, nonché di convenzioni volte a promuovere specifici programmi di apprendistato (...)». In questo quadro, l'art. 15 della legge n. 47 del 2017 garantisce il «Diritto all'ascolto dei minori stranieri non accompagnati nei procedimenti», tutelando così l'assistenza affettiva e psicologica dei minori stranieri non accompagnati, in ogni stato e grado del procedimento, con la presenza di un mediatore culturale.

Il mediatore culturale, dunque, diventa un filtro comunicativo volto a consentire che le comunicazioni del minore con la società ospitante siano veritiere ed espressive della reale intenzione del minore, in una dimensione in cui la multiculturalità è concepita come valore imprescindibile di una società pluralista.

Nella dinamica della realtà del nostro tempo, quindi, lo *status* del MSNA diventa una situazione giuridica soggettiva attiva che l'ordinamento riconosce e valorizza senza alcuna discriminazione a causa delle consuetudini e delle origini del minore. L'affermazione della società di eguali induce ad una integrazione sempre più inclusiva del minore all'interno della società e in questa direzione si proiettano sia il principio del c.d. «*ius soli*» - che attribuisce la cittadinanza a chi nasce sul territorio italiano - che quello dello «*ius scholae*», per cui l'acquisto della cittadinanza potrebbe avvenire al compimento di un ciclo di studio. In Italia la legge sulla cittadinanza del 5 febbraio 1992, n. 91, «Nuove norme sulla cittadinanza», poggia sul principio dello «*ius sanguinis*», ma solo con l'introduzione nel territorio italiano degli altri due principi si realizzerebbe una integrazione completa ed esauritiva del minore nella società italiana. In tale direzione si dirigono le proposte di riforma della legge sulla cittadinanza che si sono susseguite nel tempo al fine di incrementare le possibilità di acquisizione della cittadinanza e che, di recente, la XVIII legislatura ha approvato in un testo unificato, consultabile sul sito istituzionale come progetto di legge n. 52/2 del 29 giugno 2022²¹. La proposta di legge si compone di due articoli: l'art. 1 che introduce alcune modifiche alla legge sulla cittadinanza; l'art. 2 che prevede alcune disposizioni di coordinamento e finali. Nello specifico, l'art. 1 in-

²¹ Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza. A.C. 105 e abb. -A, n. 52/2 del 29 giugno 2022, in *documenti.camera.it*.

troduce una nuova fattispecie di acquisto della cittadinanza in seguito ad un percorso scolastico (c.d. *ius culturae* o *ius scholae*), mediante modifiche ed integrazioni alla legge n. 91 del 1992, che attualmente detta la disciplina della materia.

Nel dettaglio, la proposta di legge prevede alcuni nuovi commi tra cui nell'art. 4 della legge n. 91 del 1992, un nuovo comma, il 2-*bis*, secondo cui acquista la cittadinanza italiana il minore straniero, che sia nato in Italia o vi abbia fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età, che risieda legalmente in Italia, qualora abbia frequentato regolarmente, ai sensi della normativa vigente, per almeno cinque anni nel territorio nazionale uno o più cicli scolastici presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale idonei al conseguimento di una qualifica professionale. Nel caso in cui la frequenza riguardi la scuola primaria, è necessario aver concluso positivamente il corso medesimo. Inoltre, con riferimento ai percorsi di istruzione e formazione professionale, il progetto di legge precisa che con decreto del Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'istruzione e previa intesa in sede di Conferenza Stato-regioni saranno definiti i requisiti essenziali che i percorsi di istruzione e formazione devono possedere ai fini dell'idoneità a costituire titolo per l'acquisto della cittadinanza.

Nell'attesa del raggiungimento della discussione, lo *status* del MSNA come evidenziato in queste pagine rappresenta sempre più la positiva condizione di relazione che il minore ha con la società, giacché «interesse» viene dal latino «inter-sum» e l'interesse del MSNA non può non coincidere con una partecipazione piena all'esistenza nella vita sociale, includendo e proteggendo i suoi diritti fondamentali a cominciare da quello alla salute.

4. *Le prospettive di tutela del diritto alla salute*

Per cui Il tema dell'accoglienza sanitaria dei migranti, e, più nel dettaglio dei migranti minorenni²², viene assai spesso affrontato sulla base di ap-

²² Fino al 2023, secondo dati Istat e Unicef, circa due milioni e trecentomila minori sono arrivati in Europa per chiedere protezione internazionale. Tra questi, circa cinquecentomila sono minori non accompagnati e altrettanti al di sotto dei cinque anni.

In Italia, la maggior parte dei minori stranieri non accompagnati sono adolescenti. Si stima che 1 su 4 lasci il centro di accoglienza poco dopo l'arrivo, finendo spesso a vivere precariamente esponendosi al rischio di abuso e sfruttamento oltre che di contrarre più facilmente determinate patologie. Sebbene tutte le rotte migratorie siano pericolose, la rotta del Mediterraneo Centrale lo è in particolar modo, in quanto passa attraverso la Libia. La violenza di genere è un elemento che caratterizza l'esperienza migratoria della maggior parte di donne e ragazze prima, dopo e durante il percorso migratorio. Inoltre, negli ultimi anni molti studi

procci emotivi, basati su pregiudizi di ordine morale, etico o religioso²³. E questo approccio risulta addirittura amplificato se solo si pone mente ai differenti profili medico-sanitari²⁴ che caratterizzano il fenomeno migratorio.

Assai di frequente alcuni “luoghi comuni” - sintomatici di una vera e propria “paura del diverso” - si scontrano con le risultanze della scienza.

In particolare, è il caso di sottolineare quanto sia infondato il timore di una diffusione incontrollata di malattie infettive.

Se, da un lato, l'esponentiale aumento, nel nostro Paese, dei flussi migratori – e, dunque, di una potenziale emergenza sanitaria – pone, dal pun-

hanno messo in evidenza come anche un numero preoccupante di uomini e ragazzi siano sottoposti a violenza sessuale e tortura.

Quanto vissuto lungo i percorsi migratori genera conseguenze sul benessere psicosociale e fisico, a breve e a lungo termine. Le persone sopravvissute alla tratta, alla violenza di genere e alla tortura possono avere disturbi fisici e mentali, come depressione, ansia, disturbo da stress post-traumatico, gravidanze indesiderate, infezioni a trasmissione sessuale, tra cui HIV.

²³ Sul rapporto fra sanità e convinzioni religiose, si veda, anche in chiave comparatistica: H.R. DOYLE, *Reinventare la morte: dal coma dépassé ai criteri dell'Harvard Ad Hoc Committee*, in *Passaggi. Storia ed evoluzione del concetto di morte cerebrale*, in I. MARINO, H.R. DOYLE, G. BONIOLO (a cura di), *Il pensiero Scientifico ed.*, Roma, 2012; I. LÉVY, *La religion à l'hôpital*, Presses de la Renaissance, Paris, 2004, specialmente pp. 185-224; M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo 2012, pp. 387-421; N.A. KIRKWOOD, *A Hospital Handbook on Multiculturalism and Religion*, Morehouse Publishing, Harrisburg, 1993, specialmente pp. 5-97; G. ANELLO, *Multiculturalità, “diritti” e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., aprile 2013, pp. 1-15; J. LUJAN, H.B. CAMPBELL, *The Role of Religion on the Health Practices of Mexican Americans*, in *Journal of Religion and Health*, 45, 2006, 2, pp. 183-195; P.L. SCHILLER, J.S. LEVINEIS, *There a religious factor in health care utilization?: a review*, in *Social Science & Medicine*, 27, 1988, pp. 1369-1379; M. VENTURA, *Laicità e fattore religioso in bioetica*, in *Bioetica e Diritti dell'uomo*, a cura di L. CHIEFFI, Paravia Scriptorium, Torino, 2000, pp. 37-50; ed ancora, C.E. COCHRAN, *Religious Traditions and Health Care Policy: Potential for Democratic Discourse?*, in *Journal of Church and State*, 39, 1997, 1, pp. 15-35; D.M. CRAIG, *Health Care as a Social Good. Religious Values and American Democracy*, Washington, 2014; F. IACOBELLIS, *La bioetica islamica tra medioevo e modernità*, in *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), Torino, 2015, pp. 507-528.

²⁴ La “distanza culturale” tra medico e paziente fa sì che l'interpretazione dello stato anamnestico da parte del primo nei confronti del secondo possa divergere dal significato attribuito dal paziente alla propria malattia. Sul punto, cfr. I. QUARANTA, M. RICCA, *Malati fuori luogo. Medicina interculturale*, Milano, 2012, pp. 13-17. Per un repertorio casistico cfr., F. CATAPANO, M. PETRAZZUOLO, *Multiculturalismo in ambiente sanitario: esperienze e riflessioni di organizzazioni umanitarie. La Croce rossa*, in AA.VV., *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Torino, 2005; A. FANTUZZI, *Il rapporto medico-paziente immigrato. (In)comprensione e pratiche di mediazione linguistica e culturale*, in *Tendenze nuove*, 1, 2010, pp. 29-42.

to di vista etico e giuridico, delicati problemi in ordine alla revisione ed all'adattamento dei protocolli terapeutici, dall'altro lato, è compito del legislatore armonizzare le regole di base per favorire un dialogo costruttivo all'interno di un contesto relazionale nel quale medico e paziente risultano appartenere ad ambiti culturali profondamente diversi, per non dire radicalmente distonici.

Si è di fronte, in buona sostanza, a "relazioni terapeutiche complesse" all'interno delle quali gli operatori del settore sanitario non nutrono, *a priori*, alcuna ragionevole certezza sul fatto che il potenziale paziente ne condivida, unitamente all'impostazione culturale d'origine, i riferimenti scientifici e gli stessi postulati di base in ordine ai concetti di malattia, salute, diagnosi e prognosi, senza trascurare, ovviamente, l'elevata valenza simbolica che ad essi normalmente si correla.

Mancando il presupposto di un naturale "patto sociale" tra chi soffre e chi è deputato a somministrare la cura appropriata, diventa opportuno sperimentare tecniche e modalità di approccio innovative e, a ben vedere, non convenzionali.

Vi è, sotto questo aspetto, una lunga serie di intuitivi livelli d'incomprensione, alcuni dei quali d'immediata percezione, come quello legato all'età dei soggetti, alla carente capacità (specie del minore inferiore ai dieci anni) di descrivere correttamente la propria sintomatologia, alle diversità linguistiche, ed altri, più complessi, perché legati ad aspetti diversi e non usuali nel mondo sanitario.

In tale contesto, l'incontro con "l'altro" innesca veri e propri "cortocircuiti relazionali" dipendenti, oltre che da diversità nosologiche e culturali specifiche (ad esempio malattie rare o poco conosciute e differenti impostazioni etico-religiose), da una profonda discontinuità dei modelli organizzativi propri della medicina occidentale.

Il fenomeno evidenziato è così sinteticamente riassumibile: da un lato, vi è l'utilizzo, talvolta inconscio e comunque smodato, di protocolli comportamentali d'indagine diagnostica che non tengono conto della specifica espressione della malattia in un contesto relazionale e culturale diverso; vi è poi, una sorta di *metus intellectualis* rispetto a patologie poco studiate e, pertanto, carenti di collaudate tecniche d'intervento terapeutico; ancora, si registra la volontà di supplire a tali *deficit* per il tramite di automatismi sanitari, talvolta assolutamente stereotipati.

In un primo momento, non è raro percepire lo straniero come se fosse esso stesso un potenziale "agente patogeno", frutto di una vita disagiata, in un contesto ambientale malsano, curato da sempre in maniera "inadeguata" o comunque "non conforme" ai canoni della moderna medicina; in secondo luogo, il medico occidentale sarà inconsciamente portato a dar se-

guito a indagini sempre più sofisticate, volte alla ricerca di una “sicura” malattia esotica occulta e poco conosciuta, incentivando l’approccio terapeutico ad una medicina ipertecnologica e strumentale.

Questa complessa dialettica consente di definire un nuovo spazio ermeneutico, mettendo in discussione le usuali categorie conoscitive; la consapevolezza della diversità (che non è inferiorità) culturale apre la via al superamento dell’iniziale scetticismo e tende al superamento lento, faticoso e sempre relativo, dei propri criteri di giudizio.

Il fenomeno è di facile percezione, oltre che all’interno di contesti di cura privati e pubblici, anche con riferimento alle scelte di politica sanitaria relative al fenomeno migratorio: è questo il caso dei controlli sanitari alle frontiere, dei test obbligatori per stranieri, e dell’estensibilità della sanità pubblica agli immigrati in assenza, tuttavia, di un adeguato *maquillage* giuridico-normativo che ne consenta, in concreto, la fruibilità. Il riferimento è all’inadeguatezza dei corrispondenti *itinerari* amministrativi, invero molto complessi, al problema della stabilizzazione della residenza, alla temporaneità dei permessi di soggiorno, alla quasi assoluta discrezionalità che caratterizza l’applicazione di talune norme di settore.

Come detto, le pur evidenti difficoltà segnalate, non devono tuttavia scoraggiare l’operatore sanitario dalla possibilità di adottare un approccio “multiculturalmente compatibile” ed efficace: il medico, *in primis*, è destinato ad offrire la massima disponibilità nel variare il proprio apporto clinico-scientifico, rinunciando a quel naturale arroccamento nella cittadella fortificata delle proprie certezze scientifiche, evitando aprioristiche negazioni delle malattie denunciate e collegando il proprio operato a quello di altri soggetti capaci di colmare il gap situazionale esistente²⁵.

²⁵ Specifici settori di “confusione interpretativa”, nella segnalata relazione medico-paziente, sono essenzialmente legati alla comunicazione. Un primo livello è quello che si potrebbe definire prelinguistico, legato cioè alle difficoltà di comunicazione in senso stretto e che caratterizza tutti gli esseri umani allorquando essi devono spiegare ad altri problematiche inerenti al proprio stato di salute ed alla propria interiorità; un secondo livello, tecnicamente di matrice linguistica, legato alle differenti varianti semantiche proprie dei vari linguaggi e comunque collegato ad evidenti diversità del riferimento concettuale nel lessico di provenienza; vi è, infine, un terzo livello, metalinguistico, connesso all’arbitraria assunzione di un determinato valore simbolico attribuito a determinate patologie. Altri profili problematici sono quelli che riguardano taluni aspetti di matrice relazionale e che sono riferiti a più significative differenze ideologiche e antropologiche. È questo il caso della differente cultura di base del migrante che talvolta lo porta a rifiutare apoditticamente qualsiasi approccio terapeutico di matrice occidentale così come a sviluppare una sorta di idiosincrasia per tutto ciò che non sia da lui direttamente conosciuto (o facilmente conoscibile) o risulti comunque divergente rispetto ad un determinato credo filosofico o religioso, si pensi, ad esempio, al rifiuto per il paziente di origine musulmana di sottoporsi a determinate cure mediche in periodo di *Ramadan*. Sul principio di autodeterminazione e sulle “divergenze

Sotto il profilo strettamente giuridico, la tutela della salute di ogni essere umano, e dunque anche dei minori, risponde ad un'intima esigenza di solidarietà umana e, al tempo stesso, ad una logica di prevenzione della salute pubblica e di salvaguardia della dignità di ogni singolo individuo.

Siffatta impostazione è presente nella nostra Costituzione il cui art. 32 dispone: «La Repubblica Italiana tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Inoltre, l'art. 2 Cost. sancisce il rispetto dei “diritti inviolabili dell'uomo” nonché “l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; sicché la Costituzione stabilisce il principio del diritto alla salute, diritto riconosciuto a tutti gli individui, siano essi cittadini italiani o altri soggetti comunque presenti nel nostro territorio²⁶.

Più nel dettaglio, La tutela della salute dei minori stranieri in Italia trova il suo fondamento nella Convenzioni Internazionali, prima fra tutte

euristiche” in ambito sanitario, cfr. F. MANTOVANI, *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 1/2009, pp. 7-11; ed ancora, AA. VV., *Il diritto alla fine della vita*, A. D'ALOIA (a cura di), Napoli, 2012; M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e di indisponibilità della vita umana*, Torino, 2012; A. FUCCILLO, *Giustizia e Religione. L'agire religioso nella giurisprudenza civile*, Torino, 2009; AA. VV., *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica della morte*, II, M. GENSABELA FURNARI (a cura di), Soveria Mannelli, 2003; G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto*, Torino, 1993; R. ELEFANTE, *Medical futility. Profili etico-deontologici e giuridici*, Napoli, 2008.

²⁶ Com'è noto, il diritto alla salute per i cittadini stranieri è previsto espressamente negli artt. 2, 34, 35 e 36 del d.lgs. n. 286 del 1998 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) e nel conseguente decreto di attuazione (D.P.R. n. 394 del 1999). Le disposizioni citate, oltre che riconoscere agli stranieri il diritto alle cure essenziali e ai programmi di medicina preventiva a tutela della salute individuale e collettiva, marcano una peculiare differenziazione tra lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato e obbligatoriamente iscritto al SSN, e gli stranieri presenti nel territorio nazionale in modo irregolare (sul punto vedi meglio *infra* par. 3 e par. 4) Per una dettagliata disamina dei profili normativi, cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 6, 2008, pp. 1099-1123; A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in *Le nuove frontiere del diritto all'immigrazione. Integrazione, Diritti, Sicurezza*. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011, F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), Napoli, 2011, pp. 370-375; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007; L. PIERI, F. SANTOMAURO, *Il quadro normativo di riferimento per l'assistenza sanitaria agli immigrati*, in *Immigrazione e salute. Percorsi di integrazione*, S. NUTI, G. MACIOCCO, S. BARSANTI (a cura di), Bologna, 2012, pp. 35-46; F. SCUTO, *Il diritto alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela*, in *Rassegna Parlamentare*, 2, 2008, pp. 381-423.

la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, e negli articoli 10 e 32 della nostra Carta costituzionale.

In particolare, la Convenzione di New York impone agli Stati di garantire ai fanciulli i diritti essenziali, tra i quali l'assistenza sanitaria, "senza distinzione di sorta", ovvero in condizioni di assoluta parità.

In Italia, dal 2017, per tutti i minori stranieri presenti sul territorio – con o senza genitori – ed indipendentemente dalla regolarità del soggiorno, è prevista l'iscrizione obbligatoria al Servizio Sanitario Nazionale.

I minori stranieri hanno quindi il diritto alle cure sanitarie in piena parità con i cittadini italiani.

A tale riconoscimento si è giunti, da ultimo, con il D.P.C.M del 12 gennaio 2017 che nel definire i nuovi Livelli essenziali di assistenza – LEA, ovvero le attività, i servizi e le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale (SSN) è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket), ha previsto, all'articolo 63, comma 4, che anche «I minori stranieri presenti sul territorio nazionale non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono iscritti al Servizio sanitario nazionale ed usufruiscono dell'assistenza sanitaria in condizioni di parità con i cittadini italiani».

Parallelamente, sempre nel 2017, la legge n. 47 ha previsto l'iscrizione obbligatoria e gratuita al S.S.N. dei minori stranieri non accompagnati.

Non sono necessari la residenza o il permesso di soggiorno, per iscrivere al S.S.N. un minore straniero non accompagnato. La legge prevede in modo esplicito l'iscrizione al S.S.N. per «i minori stranieri non accompagnati, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale».

Per i minori non accompagnati, l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale viene richiesta dall'esercente, anche in via temporanea, della responsabilità genitoriale o dal responsabile della struttura di prima accoglienza. Per i cittadini stranieri, comunitari e non, l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale (SSN) garantisce tutta l'assistenza sanitaria e gli stessi trattamenti previsti per i cittadini italiani. Con l'iscrizione viene consegnata la tessera sanitaria, che permette di accedere a tutti i servizi.

L'assistenza sanitaria per tutti i minori stranieri, anche irregolari, è prevista tramite iscrizione al Servizio Sanitario. Restano esclusi solo i minori figli di cittadini comunitari irregolari, per i quali non è prevista l'iscrizione al Servizio Sanitario ma solo un'assistenza sanitaria tramite un differente iter burocratico (assegnazione di un codice ENI - Europeo non iscritto).

Questa importante discriminazione fra minori extracomunitari e comunitari si verifica in quanto l'articolo 63 del DPCM del 2017 riguarda so-

lo i cittadini extra Ue. La mancata iscrizione al SSN comporta, tra le altre cose, il venir meno del diritto al pediatra di libera scelta con la conseguente possibilità di essere curati solo nei consultori o negli ambulatori STP²⁷/ENI.

Tutti i minori figli di stranieri irregolari (se nella fascia di età compresa fra 0 e 6 anni), sono esonerati dal *ticket* sanitario (quota fissa normalmente dovuta per l'accesso alle cure sanitarie) a parità di condizioni con il cittadino italiano.

Anche le prestazioni sanitarie per i minori stranieri non accompagnati sono erogate in esenzione dal pagamento del *ticket* sanitario. L'affidatario del minore ha il compito di svolgere le pratiche necessarie per l'accesso alle prestazioni sanitarie ordinarie, quindi anche all'iscrizione al S.S.N. e la richiesta di esenzione dal *ticket* per insufficienza del reddito.

Ogni Distretto sanitario deve assicurare le modalità di accesso all'esenzione. Quindi, anche qualora in una Regione non sia prevista una esenzione specifica per i minori stranieri affidati o in tutela (o non accompagnati), si può ottenere l'esenzione dimostrando che il minore non gode di un reddito sufficiente.

Nonostante il quadro normativo sopra illustrato, preveda per i minori stranieri irregolari un'assistenza sanitaria privilegiata, rispetto a quella garantita agli adulti irregolari (utilizzo del codice STP), permangono molteplici disparità fra regione e regione, legate soprattutto alla mancata iscrizione dei minori nella fascia 14-18 anni e dei minori privi del codice fiscale (C.F), di regola richiesto per poter assegnare la tessera sanitaria di iscrizione.

Attualmente fra i minori figli di irregolari, solo quelli nati in Italia possiedono il C.F. e quindi il documento richiesto per l'iscrizione al Servizio Sanitario. Nei restanti casi, in mancanza del C.F., in molte regioni vengono utilizzati i codici STP/ENI "ampliati" dalla possibilità di accesso al pediatra di libera scelta o al medico di medicina generale.

²⁷ Il così detto "tesserino S.T.P." può essere rilasciato nell'ambito delle strutture deputate al servizio di "medicina del territorio" o presso alcuni presidi ospedalieri accreditati che operano, eventualmente, in collaborazione con associazioni di volontariato aventi esperienza specifica nel settore della immigrazione. Sono queste le strutture qualificate di "primo livello", deputate a garantire l'accesso diretto al servizio sanitario, senza cioè prenotazione ed impegnativa. Le prestazioni erogate possono essere fruite presso gli stessi ambulatori ospedalieri, ma anche in consultori familiari, laboratori e poliambulatori specialistici. Esiste, dunque, una vasta serie di strutture abilitate al rilascio del codice S.T.P., e ciò comporta un'attenta ed adeguata valutazione delle presenze di cittadini stranieri sul territorio. Per ulteriori notazioni, cfr. A.M. LUZI, G.M. PASQUALINO, L. PUGLIESE, M. SCHWARZ, B. SULIGOI, *L'accesso alle cure della persona straniera: indicazioni operative* in www.salute.gov.it/imgs/C_17_opuscoliPoster_199.

I servizi S.T.P. devono infatti essere considerati, anche con riferimento agli standard qualitativi, come pienamente ricompresi nell'attività svolta dal S.S.N., dovendo sottostare ad una logica di tutela del diritto alla salute del migrante minorenni e non semplicemente ad un approccio in termini di assistenzialismo sociale.

Per gli stranieri minorenni non accompagnati il costo delle singole prestazioni, stante l'accertata incapacità patrimoniale è a carico del S.S.N.

Sul versante della tutela della *privacy*, va sottolineato che, al fine di garantire l'effettiva fruizione dei servizi sanitari, per il rilascio del tesserino S.T.P. non è necessario esibire alcun documento d'identità, ma è sufficiente, una dichiarazione spontanea, resa dal soggetto che tutorialmente esercita la responsabilità sul minore, che ne attesti le generalità. Inoltre, l'accesso agli ambulatori dedicati ai soggetti stranieri (irregolari) non contempla alcun tipo di segnalazione all'autorità giudiziaria (o di polizia), eccezion fatta per quelle patologie che prevedono l'obbligatorio rilascio del referto.

Gli stessi dati sensibili registrati presso l'ambulatorio che effettua la prestazione medica vanno trattati con estrema riservatezza in sintonia con quanto disposto in generale dalla normativa sul trattamento dei dati personali; taluni dati potranno essere comunicati esclusivamente su richiesta della Procura della Repubblica; se, inoltre, l'immigrato chiede di rimanere anonimo lo stesso tesserino potrà essere rilasciato senza indicazione delle corrispondenti generalità.

Sotto il profilo patrimoniale, il rimborso delle prestazioni effettuate a favore del minore straniero graverà inizialmente sul presidio territoriale competente che dovrà richiederne lo storno: 1) al Ministero dell'Interno, per quanto concerne le spese attinenti alle prestazioni urgenti ed essenziali, a quelle per malattia e infortunio, sia in regime di ricovero che di *day hospital*; 2) alla Regione, per tutte le restanti ipotesi ivi incluse le spese per gravidanza e per maternità, quelle afferenti alla salute del minore, alle vaccinazioni e agli interventi di profilassi delle malattie infettive.

Ulteriore profilo degno di nota è quello che concerne l'erogazione delle cure a carattere continuativo; in tal caso, il minore straniero sottoposto a cure nel nostro paese, tali da non poter essere interrotte ha diritto alla piena continuità terapeutica.

Queste brevi note, riassuntive del quadro legislativo in materia di trattamento sanitario dei soggetti stranieri, hanno lo scopo di mantenere alta l'asticella dell'attenzione sul tema della tutela dei migranti; un versante ove necessariamente si intrecciano prospettive divergenti di ordine politico, sociale, antropologico e, ovviamente, normativo.

Bisogna attingere ad un nuovo livello di consapevolezza per rendersi pienamente conto che ogni atto medico si presta, *ex ante* ed *ex post*, ad una

lettura complessa e pluridimensionale; la così detta “medicina preventiva” invoca l’adesione ad una metodologia di approccio integrata che tenda a favorire e gestire, nel tempo, il rapporto tra medico e immigrato in una prospettiva non già unidimensionale ma necessariamente partecipativa che tenga conto dei problemi del singolo migrante e di quelli della sua famiglia e della sua comunità di appartenenza .

Al fine di realizzare un’effettiva (ed efficace) attività di prevenzione, rispettosa dei basilari principî di tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali dell’individuo, i migranti (anche se minorenni) – all’ingresso in Italia – dovrebbero avere la possibilità di poter registrare le proprie informazioni sanitarie in un vero e proprio passaporto sanitario digitale (P.S.D.).

In tal modo sarebbe possibile tracciare, in maniera precisa, tali dati personalizzando l’accesso alle cure ed evitando, per quanto possibile, ritardi e duplicazioni di interventi. Tali informazioni dovranno, ovviamente, essere gestite con adeguati livelli di protezione, ai sensi della regolamentazione generale sulla privacy sancita dal GDPR, trattandosi di dati, per loro natura, particolarmente sensibili²⁸.

Attraverso un tale sistema di informazione e controllo si potrebbe dar vita ad un raccordo stabile tra i centri di prima accoglienza e il servizio sanitario nazionale potendosi avviare un concreto screening clinico epidemiologico, a prescindere dalla previa individuazione dell’area geografica alla quale verrà assegnato il migrante o il rifugiato.

Sarebbe, poi, necessario istituire un sistema di sorveglianza epidemiologica sulle condizioni di salute dei migranti basato su indicatori di *outcome* che consentano di analizzare in modo sistematico (e dinamico) i dati epidemiologici dei migranti incrociando i dati etnici con quelli biologici e con quelli relativi alle condizioni psicologiche dei soggetti coinvolti²⁹.

²⁸ Sul punto sia consentito un rinvio, anche per ulteriori e più pregnanti riferimenti bibliografici, al nostro *Profili civilistici dell’information technology in ambito sanitario*, Napoli, 2021, *passim*.

²⁹ Con riferimento a tali problematiche, gli operatori vengono formati sui principi generali dell’approccio psicosociale secondo le linee guida internazionali IASC (*Inter Agency Standing Committee*) e vengono poi supportati nell’organizzazione e monitoraggio di attività con i minori all’interno delle strutture di accoglienza, in un’ottica di rafforzamento delle loro capacità. Le regolari sessioni di supporto psicosociale di gruppo e individuale e i laboratori di *life skills* mirano a rafforzare la capacità di resilienza dei minori, nonché a individuare i minori con problemi di salute mentale più gravi, per essere indirizzati verso servizi specializzati. Da ultimo, in collaborazione con INTERSOS, l’UNICEF ha attivato a Roma un *team* mobile per l’individuazione e il supporto di minori stranieri che vivono fuori dal sistema di accoglienza.

ABSTRACT

*Rule of Law and principle of hospitality:
unaccompanied foreign minors and health protection*

This paper analyzes the legal and social implications of the “principle of hospitality” concerning unaccompanied foreign minors in Italy, focusing on their right to health protection. By examining the evolution of national and supranational legislation, the paper highlights the importance of safeguarding the best interests of these vulnerable individuals and ensuring their inclusion in society. The analysis delves into the legal framework governing the reception and protection of unaccompanied foreign minors, emphasizing the need for a multidisciplinary approach that addresses both their healthcare needs and their social integration. The paper also explores the concept of “relational complexity” in healthcare, underlining the challenges faced by healthcare professionals in providing culturally sensitive and effective care to foreign minors.

IL CONTRASTO ALLA DISINFORMAZIONE ORIGINATA DA INGERENZE STRANIERE NELL'UNIONE EUROPEA*

Giuseppe Morgese**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi considerazioni sul rapporto tra tutela della libertà di espressione e informazione e contrasto alla disinformazione nell'UE. – 3. L'impatto della disinformazione derivante da ingerenze straniere sulla tenuta della democrazia e dello Stato di diritto. – 4. Il contrasto alla disinformazione causata da ingerenze straniere nell'ambiente *online*. – 5. *Segue*. e attraverso i media tradizionali. – 6. *Segue*. il contrasto alla disinformazione “di guerra”. – 7. Contrasto alla disinformazione straniera e legislazioni interne lesive della libertà di espressione e informazione e dei processi democratici. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Questo lavoro si propone di esaminare il tema del contrasto alla disinformazione derivante da ingerenze straniere nell'Unione europea (UE). Si tratta di un tema di importanza non solo teorica, visto l'impatto particolarmente negativo che questa forma di disinformazione può avere sulla tenuta della democrazia europea¹ e dello Stato di diritto².

* Questo lavoro è stato condotto nell'ambito del PRIN 2022 “*Towards Stricter Rules on Transparency and Liability for Online Platforms in the European Digital Single Market*”, codice 20223KNYEX, responsabile nazionale Prof. Giuseppe Morgese, finanziato dall'Unione europea - PNRR *Next Generation EU* - Investimento M4.C2.1.1 - CUP H53D23002670006. Il lavoro è stato completato il 28 aprile 2024.

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

¹ Sulla democrazia nell'UE ci si limita a rinviare ai lavori recenti di U. VILLANI, Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea, in Studi sull'integrazione europea, 2007, p. 27 ss.; C. PESCE, Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea, Napoli, 2016; J. P. JACQUÉ, *Democratie et état de droit dans l'Union européenne*, in S. CAFARO (a cura di), Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale, Napoli, 2022, p. 155 ss.; e Y. BOUZORAA, The Value of Democracy in EU Law and Its Enforcement: A Legal Analysis, in *European Papers*, 2023, p. 809 ss. Sui rischi per la democrazia derivanti dalle tecnologie digitali v. di recente European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Opinion on Democracy in the Digital Age*, 2023, reperibile online.

² Quanto al valore fondante dello Stato di diritto nell'UE, la bibliografia è ormai pressoché sterminata. Oltre alla monografia di M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, si v., a titolo meramente esemplificativo e di recente, P. MORI, *Il primato*

Il fenomeno è rilevante per due ragioni distinte. Da un lato, i contenuti disinformativi originati da ingerenze straniere possono causare un pregiudizio diretto e immediato per la democrazia e lo Stato di diritto: ciò, come vedremo, ha modo di verificarsi soprattutto nell'ambiente *online*, anche se non mancano esempi di simili contenuti diffusi anche tramite i media tradizionali. Dall'altro, il contrasto a quei contenuti può talvolta rappresentare l'occasione (o il pretesto) per diffondere disinformazione "interna" nonché, più in generale, per comprimere o, nei casi più gravi, annullare la libertà di espressione e il corretto svolgersi delle dinamiche politico-democratiche.

Come vedremo, il contrasto a questa disinformazione sconta la difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra valori e diritti talvolta contrastanti ma tutti meritevoli di tutela: i valori della democrazia e dello Stato di diritto, il diritto a esprimere il proprio pensiero, il diritto a informare e a essere informati correttamente.

Prima di passare all'esame dei diversi aspetti, ci pare opportuno fornire alcune definizioni. Anzitutto, va rilevato come non sia rinvenibile una definizione universalmente condivisa di *disinformazione*³. Nell'UE, un'apposita comunicazione del 2018⁴ la definisce come

«un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico».

dei valori comuni dell'Unione europea, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 73 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, in *federalismi.it*, 27/2022, p. iv ss.; B. NASCIBENE, *Valori comuni ai Paesi membri dell'Unione europea e Stato di diritto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 781 ss.; e V. SALVATORE, *Lo Stato di diritto, una prospettiva di diritto comparato. Unione europea*, EPRS, PE 745.685, luglio 2023, reperibile *online*.

³ Nella ormai ampia dottrina sull'argomento, oltre ai lavori indicati nel prosieguo del lavoro, v. A. M. GUESS, B. A. LYONS, *Misinformation, Disinformation, and Online Propaganda*, in N. PERSILY, J. A. TUCKER (eds.), *Social Media and Democracy*, Cambridge, 2020, p. 10 ss.; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech - A European Constitutional Perspective*, Milano, 2020, spec. p. 97 ss.; G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo - Riflessioni e ricerche*, 2021, n. 1, pp. 45 ss.; e S. GIUSTI, E. PIRAS (eds.), *Democracy and Fake News. Information Manipulation and Post-Truth Politics*, Abingdon-New York, 2021.

⁴ Comunicazione del 26 aprile 2018, Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo, COM(2018)236 final, p. 4.

In una più recente risoluzione del Parlamento europeo del 2022⁵, essa è definita, in termini simili, come

«un'informazione comprovabilmente falsa o fuorviante che è intenzionalmente creata, presentata o diffusa allo scopo di arrecare pregiudizio o di provocare possibili conseguenze negative per la società ingannando il pubblico o a scopo di lucro».

Centrale appare la nozione di “pregiudizio pubblico”, che sembra comprendere anche le minacce ai processi politici democratici, ai processi di elaborazione delle politiche, ai beni pubblici (tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza) e al valore fondante dello Stato di diritto.

Così definita, la disinformazione va anzitutto distinta dalla “cattiva informazione” (*misinformation*), fenomeno apparentemente simile in cui, però, i contenuti falsi o fuorvianti, seppur dannosi, vengono diffusi senza lo scopo di lucrare o ingannare intenzionalmente il pubblico. In questa sede non ce ne occuperemo pur sottolineando che, generalmente, un'operazione di disinformazione causata da ingerenze straniere ha pieno successo se è seguita da (inconsapevole) *misinformation*⁶.

Quanto alle *ingerenze (o interferenze) straniere*, esse possono essere definite, in termini generali, come le misure coercitive e ingannevoli poste in essere da soggetti statali stranieri⁷. Secondo la citata risoluzione del Parlamento europeo del 9 marzo 2022, tali misure hanno lo scopo di

«distorcere e creare una falsa rappresentazione dei fatti, gonfiare artificialmente le argomentazioni unilaterali, screditare l'informazione per deteriorare il discorso politico e, in definitiva, minare la fiducia nei confronti del sistema elettorale e quindi del processo democratico stesso»⁸.

Le modalità con cui si manifesta l'ingerenza straniera possono essere numerose e, talvolta, non facilmente identificabili⁹ se non per il fatto che,

⁵ Risoluzione del 9 marzo 2022 sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, inclusa la disinformazione, P9_TA(2022)0064, par. I.

⁶ La *misinformation* riguarda quindi i casi in cui vengono diffuse notizie false in maniera inconsapevole, che talvolta può amplificare gli effetti della diffusione di *disinformation*.

⁷ In argomento v. E. BRESSANELLI E AL., *Institutions and foreign interferences*, document requested by the EP's Committee on Constitutional Affairs, giugno 2020, reperibile *online*; K. JONES, *Legal loopholes and the risk of foreign interference*, paper requested by the EP's INGE 2 Special Committee, gennaio 2023, reperibile *online*.

⁸ Risoluzione P9_TA(2022)0064, par. B.

⁹ *Ivi*, par. G: «le tattiche di ingerenza straniera assumono molte forme, fra cui disinforma-

viste nel loro complesso, «costituiscono una grave violazione dei valori e principi universali su cui si fonda l'Unione»¹⁰. Esse comprendono le attività di disinformazione organizzata che, anzi, rappresenta la forma di ingerenza straniera maggiormente capace di colpire il pubblico, specie nell'ambiente *online*. Detta ingerenza va però distinta dalle operazioni di *influenza straniera*, che comprendono attività statali aventi la finalità o l'effetto di influenzare altri Stati: si tratta di attività fisiologiche nei rapporti tra Stati, purché abbiano un'origine trasparente o facilmente verificabile¹¹.

Rileva anche il concetto di *minacce ibride*, che consistono nella combinazione di attività coercitive e sovversive, di metodi convenzionali e non convenzionali (diplomatici, militari, economici, tecnologici), utilizzati in modo coordinato da entità statali o non statali per raggiungere determinati obiettivi, rimanendo però sempre al di sotto della soglia di una guerra ufficialmente dichiarata¹². Questo concetto pone l'accento sullo sfruttamento dei punti deboli degli obiettivi e sulla creazione di ambiguità per ostacolare il processo decisionale¹³. Per questo motivo, si evidenzia da tempo come le campagne di disinformazione *online* su larga scala attraverso l'uso dei *social network* «per controllare il discorso politico o per radicalizzare, reclutare e dirigere mandatarî», rappresentino tipici vettori di minacce ibride¹⁴.

A partire dal 2019, il Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE)¹⁵, sostenuto in ciò dal Consiglio dell'UE¹⁶, sta utilizzando il concetto specifi-

zione, soppressione delle informazioni, manipolazione delle piattaforme dei social media e dei loro algoritmi, dei termini di utilizzo e dei sistemi pubblicitari, attacchi informatici, operazioni di "hack-and-leak" per ottenere l'accesso alle informazioni sugli elettori e interferire con la legittimità del processo elettorale, minacce e molestie nei confronti di giornalisti, ricercatori, politici e membri delle organizzazioni della società civile, donazioni e prestiti occulti a partiti politici, campagne a favore di candidati specifici, organizzazioni e organi d'informazione, organi d'informazione e organizzazioni falsi o mandatarî, elite capture e cooptazione, denaro di provenienza illecita, false persone e identità, pressioni all'autocensura, sfruttamento manipolatorio di narrazioni storiche, religiose e culturali, pressioni nei confronti degli istituti di istruzione e culturali, controllo delle infrastrutture critiche, pressioni nei confronti di cittadini stranieri residenti nell'UE, strumentalizzazione dei migranti e spionaggio».

¹⁰ *Ivi*, par. A, tra cui rientrano «la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto».

¹¹ Cfr. K. JONES, *op. cit.*, p. 21 ss.

¹² Così la comunicazione della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride. La risposta dell'Unione europea, 6.4.2016, JOIN(2016) 18 final, p. 2. V. per tutti L. LONARDO, *EU Law Against Hybrid Threats: A First Assessment*, in *European Papers*, 2021, p. 1075 ss., e più di recente L. LONARDO (ed.), *Addressing Hybrid Threats. European Law and Policies*, Cheltenham, 2024.

¹³ JOIN(2016) 18 final, p. 2.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Alle dirette dipendenze dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza dell'UE.

co di “manipolazione delle informazioni e interferenze straniere” (*Foreign Information Manipulation and Interference* o FIMI). Il FIMI definisce un approccio che inquadra la manipolazione straniera delle informazioni sotto una luce più “tecnico-informatica”, focalizzandosi sui comportamenti e sulle modalità operative più che sull’origine del fenomeno (che infatti può essere anche non statale)¹⁷ e per questo si sovrappone in larga misura alla disinformazione pur non coincidendo del tutto con essa¹⁸.

Infine, le “*fake news*” indicano ogni forma di disinformazione o misinformazione. Essendo un’espressione “ombrello” che include forme di discorso a basso rischio (errori in buona fede, parodie, discorsi politici di parte, falsificazioni dolose, screditamento di parti politiche, operazioni di disinformazione anche derivanti da ingerenze straniere, ecc.), essa verrà utilizzata solo se sarà necessario ricorrere a un simile livello di genericità.

2. Brevi considerazioni sul rapporto tra tutela della libertà di espressione e informazione e contrasto alla disinformazione nell’UE

Come si è accennato, le attività disinformative derivanti da ingerenze straniere rappresentano un pericolo per la democrazia e lo Stato di diritto nell’UE e nei suoi Stati membri. Non a caso, l’Unione negli ultimi anni sta agendo su più fronti e con sempre maggiore intensità nel contrasto a questo fenomeno specie nel mondo *online* e, di recente, in occasione di conflitti armati.

L’azione dell’UE, così come quella intrapresa da alcuni Stati membri, si scontra però con un ostacolo importante: il fatto che i contenuti disinformativi, anche se suscettibili di effetti dannosi, non possono essere considerati “illegali” di per sé. Da un lato, infatti, non esiste una normativa europea (e spesso anche nazionale) che li consideri tali¹⁹; dall’altro, essi non so-

¹⁶ Si v. le conclusioni del 21 giugno 2022 su un quadro per una risposta coordinata dell’UE alle campagne ibride, doc. 10016/22, e del 18 luglio 2022 sulla manipolazione delle informazioni e le ingerenze da parte di attori stranieri, doc. 11429/22.

¹⁷ Il FIMI è descritto dal SEAE come «a pattern of behaviour that threatens or has the potential to negatively impact values, procedures and political processes. Such activity is manipulative in character, conducted in an intentional and coordinated manner. Actors of such activity can be state or non-state actors, including their proxies inside and outside of their own territory»: cfr. N. HÉNIN, *FIMI: Towards a European Redefinition of Foreign Interference*, EU DisinfoLab, aprile 2023, reperibile *online*. Si rinvia a K. JONES, *op. cit.*, p. 35, per un compendio delle tecniche FIMI utilizzate sui *social media* nelle operazioni di ingerenza straniera.

¹⁸ *Op. ult. cit.*, p. 4: «not all disinformation is FIMI, and FIMI is not only disinformation».

¹⁹ Ad es., anche il Piano d’azione contro la disinformazione del 2018 (comunicazione del 5 dicembre 2018, JOIN(2018)36 final) riconosce che le azioni di contrasto in materia «riguardano

no neanche sovrapponibili per analogia ad altri contenuti illegali: quindi, se un contenuto disinformativo non rientra anche in altre fattispecie vietate (come ad es. la diffamazione, i contenuti d'odio, quelli che incitano alla violenza), non se ne può affermare l'illegalità. D'altronde, neanche le ingerenze straniere sono considerate illegali di per sé dall'Unione europea, stante l'assenza di apposite norme penali²⁰ al netto di alcune (problematiche) normative interne recentemente adottate o prefigurate²¹.

Tutto ciò non dipende certo da sottovalutazione, impossibilità o mancanza di volontà di agire da parte delle Istituzioni europee e degli Stati, quanto piuttosto da una considerazione di grande importanza: il fatto, cioè, che il confine tra libertà di espressione e informazione, cattiva informazione, e vera e propria disinformazione è molto sottile e che, al di fuori di un quadro regolatorio ben ponderato – e, lo si anticipa, ancor oggi in cerca del suo baricentro – è concreto il rischio di giungere, in nome della lotta alla disinformazione, alla compressione ingiustificata del diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero e di farlo conoscere agli altri.

Va detto che la libertà di espressione e informazione, in Europa, ha una diversa intensità rispetto all'ordinamento statunitense che si prende tradizionalmente a paragone in tema di contrasto alla disinformazione²². Negli Stati Uniti, tale libertà viene interpretata come una “stella polare” che prevale su altri diritti confliggenti, sul presupposto che il *free marketplace of ideas* – cioè, la libera concorrenza di idee e opinioni di qualunque tipo, senza alcuna limitazione – sia condizione necessaria ma anche sufficiente a far emergere sempre la verità e a isolare le false informazioni, senza necessità di un intervento legislativo o di altro tipo.

La visione d'oltreoceano, che viene talvolta smentita dai fatti²³, non si riscontra in Europa ove, invece, la libertà di espressione e informazione si colloca sullo stesso piano di altre libertà e diritti fondamentali e non gode

esclusivamente i contenuti di disinformazione che sono legali a norma del diritto dell'Unione o nazionale» (p. 1).

²⁰ In argomento K. JONES, *op. cit.*, p. 12 ss.

²¹ *Infra*, par. 7.

²² Tra gli altri v. O. POLLICINO, La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet, in *MediaLaws*, 1/2018, p. 48 ss.; ID., Migrazioni di idee costituzionali e implicazioni per le opzioni rilevanti di politica del diritto: il caso della strategia europea contro la disinformazione on line, in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *Libertà di informazione e diritto dell'Unione europea. Le nuove sfide a tutela della democrazia e del pluralismo*, Napoli, 2022, p. 89 ss.; M. E. BUCALO, La libertà di espressione nell'era dei social network fra content moderation e necessità di una regolazione flessibile, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2023, p. 143 ss., spec. p. 152 ss.

²³ Cfr. A. TETI, Russia, Cina e Stati Uniti in testa per disinformazione sui social media, in *Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2023, reperibile online.

di una posizione di preminenza²⁴, come si evince dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)²⁵ e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza)²⁶. L'Unione e i suoi Stati membri, dunque, possono limitare la libertà di espressione e d'informazione per tutelare altri diritti e libertà (es. il diritto alla *privacy*, il diritto alla reputazione individuale, il buon costume, il diritto alla sicurezza per i contenuti che ad es. inneggiano o istigano al terrorismo, il diritto alla salute, ecc.). Inoltre, sia la CEDU che la Carta di Nizza contengono il concetto dell'*abuso del diritto*²⁷ che invece, salvo talune eccezioni, è sconosciuto all'ordinamento statunitense.

²⁴ La dottrina sul tema è vastissima. Ci si limita qui a rinviare a M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012, spec. p. 10 ss.; e più di recente a V. SALVATORE, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato. Unione europea*, studio su richiesta della Unità Biblioteca di diritto comparato, DG EPRS, Segretariato generale del Parlamento europeo, 2019, reperibile *online*; J. BAYER ET AL., *The fight against disinformation and the right to freedom of expression*, document requested by the EP's LIBE Committee, luglio 2021, reperibile *online*; F. FERRARO, *Brevi note sulla libertà di espressione e di informazione nel diritto dell'Unione*, in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss.; A. MAFFEO, *La sottile linea di confine tra libertà di informazione e propaganda di guerra: il caso RT France*, *ivi*, p. 195 ss.; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell'Unione europea, orientamenti giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Eurojus*, 1/2023, p. 1 ss.

²⁵ L'art. 10 CEDU, per un verso, afferma al par. 1 che «[o]gni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive»; ma ricorda anche, al par. 2, che «[l]'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

²⁶ Secondo l'art. 11 della Carta di Nizza, «1. [o]gni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati». Le limitazioni a questo diritto, come per tutti gli altri diritti e libertà, si ritrovano nell'art. 52, par. 1, in base al quale «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

²⁷ V. l'art. 17 CEDU («Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare

Nel caso del contrasto alla disinformazione emerge, quindi, la necessità di individuare un punto di equilibrio tra le due esigenze prima ricordate: da un lato, tutelare la libera espressione del pensiero, renderlo conoscibile a terzi evitando restrizioni ingiustificate, ed essere informati nella misura più ampia possibile; dall'altro, salvaguardare i valori della democrazia e dello Stato di diritto dall'inquinamento del dibattito pubblico.

Prima dell'avvento di Internet, la possibilità di limitare l'esercizio della libertà di espressione e informazione, pur in presenza di obiettivi legittimi e in maniera proporzionata, era stata affermata con prudenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)²⁸. Questa prudenza è in parte venuta meno in virtù della consapevolezza della specificità e dei pericoli della Rete²⁹, il che ha portato più di recente la Corte EDU ad ammettere più ampie limitazioni al diritto di libera espressione e informazione³⁰. Anche la

un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione») e l'art. 54 Carta di Nizza («Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»).

²⁸ Già nella sentenza del 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*, concernente il rapporto tra libertà di espressione e tutela della morale, il giudice di Strasburgo aveva sostenuto che la libertà di espressione si applica non solo alle informazioni o alle idee che sono accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, scandalizzano o disturbano lo Stato o qualsiasi settore della popolazione, e che ogni formalità, condizione, restrizione o sanzione deve essere proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito. Nella sentenza del 27 aprile 2004, ricorso n. 65518/01, *Salov c. Ucraina*, la Corte EDU ha poi sottolineato che l'art. 10 CEDU, di per sé, non vieta la discussione o la diffusione di informazioni ricevute anche se si sospetta fortemente che possano non essere veritiere; e che, quindi, sostenere il contrario significherebbe privare le persone del diritto di esprimere i propri punti di vista e le proprie opinioni sulle dichiarazioni rilasciate dai mezzi di comunicazione di massa, imponendo così una restrizione irragionevole alla libertà di espressione sancita dall'art. 10 CEDU.

²⁹ Cfr. tra gli altri M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012; O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 601 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018, p. 19 ss.; e L. SCAFFARDI, *Internet fra auto-limitazione e controllo pubblico*, in *Rivista AIC*, 4/2023, p. 355 ss.

³⁰ Nella sentenza del 10 dicembre 2007, ricorso n. 69698/01, *Stoll c. Svizzera*, par. 104, la Corte EDU ha sottolineato la particolare responsabilità gravante in capo alle testate giornalistiche nel fornire notizie di qualità in un ambiente come quello digitale, dove gli utenti si imbattono in informazioni di tutti i tipi. Nella sentenza del 5 maggio 2011, ricorso n. 33014/05, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, par. 30, lo stesso giudice ha posto esplicitamente il problema delle lesioni dei diritti fondamentali derivante dalla condivisione di contenuti *online*: «(...) the Internet could, on the one hand, significantly enhance the exercise of human rights and fundamental freedoms, such as the right to freedom of expression, while, on the other hand, the Inter-

Corte di giustizia dell'UE, pur ribadendo il carattere fondamentale della libertà di espressione e informazione³¹, ha sottolineato la possibilità di limitarla in considerazione di altri legittimi e proporzionati obiettivi³².

In un quadro di questo tipo, non ci sembra teoricamente concepibile – prima ancora che desiderabile sotto il profilo normativo e fattibile sotto quello tecnico³³ – procedere all'esame di tutte le informazioni diffuse *online* e alla censura di quelle ritenute, a torto o a ragione, false. Ciò in specie perché la previsione di autorità più o meno terze cui demandare simili attività o, peggio ancora, l'attribuzione del controllo a soggetti governativi di qualunque tipo, creerebbe più problemi di quelli che intende risolvere³⁴.

Ecco perché le Istituzioni UE stanno procedendo, in maniera più o meno esplicita, attraverso l'identificazione e il contrasto solo di quei fenomeni disinformativi talmente dannosi da giustificare limitazioni della libertà di espressione e informazione. Tra questi rientra la disinformazione derivante da ingerenze straniere, ritenuta comunemente tra le minacce più gravi per la democrazia³⁵ oltre che una violazione della libertà di espressione e informazione³⁶.

net might adversely affect other rights, freedoms and values, such as the respect for private life and secrecy of correspondence and for the dignity of human beings». In senso analogo anche la sentenza del 16 giugno 2015, ricorso n. 64569/09, *Delfi AS c. Estonia*, par. 110.

³¹ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-203 e 698/15, *Tele 2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:970, punto 93.

³² Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Connolly c. Commissione*, ECLI:EU:C:2001:127 concernente il bilanciamento tra la libertà di espressione dei dipendenti delle allora Comunità europee e specifiche limitazioni che perseguono lo scopo legittimo di tutelare i diritti delle Istituzioni incaricate di compiti di interesse generale. V. anche le sentenze del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596 in merito al rapporto tra libertà di espressione e tutela della vita privata, e la nota sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, ECLI:EU:C:2014:317 in cui il contrasto tra diritto all'accesso alle informazioni in Rete e "diritto all'oblio", quale corollario del diritto alla *privacy*, è stato risolto a favore di quest'ultimo.

³³ Come affermano, condivisibilmente, B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *Social media platforms and challenges for democracy, rule of law and fundamental rights*, study commissioned by the EP's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the LIBE Committee, aprile 2023, reperibile *online*, p. 77.

³⁴ Si condividono le considerazioni di N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'Autorità Pubblica della Verità?*, in *MediaLaws*, 1/2018, p. 12 ss.

³⁵ Secondo il *Flash Eurobarometer 522*, pubblicato nel dicembre 2023, reperibile *online* e dedicato alla "democrazia", le informazioni false e/o fuorvianti in generale che circolano *online* e *offline* rappresentano la minaccia più grave per la democrazia per la maggioranza relativa degli intervistati (il 38%). Inoltre, la propaganda e le informazioni false o ingannevoli provenienti da fonti straniere non democratiche costituisce la minaccia più grave per la democrazia per il 22% degli intervistati, mentre il 21% di questi ritiene maggiormente dannose le interferenze straniere occulte nella politica e nell'economia del loro Stato membro, anche attraverso il finanziamento di soggetti nazionali.

³⁶ Si v. la risoluzione P9_TA(2022)0064, par. B: «le ingerenze straniere, la manipolazione

3. *L'impatto della disinformazione derivante da ingerenze straniere sulla tenuta della democrazia e dello Stato di diritto*

Le attività disinformative intraprese da alcuni Stati non europei all'interno dell'UE hanno da tempo raggiunto una soglia di attenzione molto alta. Non è un caso, infatti, che il Consiglio europeo del 19 e 20 marzo 2015 abbia riconosciuto per la prima volta la minaccia derivante dalle campagne di disinformazione a causa dell'intensa attività in tal senso della Federazione Russa, temporalmente coincidente con l'annessione della Crimea.

Nel settembre 2015, la Commissione ha creato all'interno del SEAE la Task Force *East StratCom*, il cui progetto di punta è *EUvsDisinfo*, volto a prevedere, affrontare e rispondere con azioni di alfabetizzazione alle campagne di disinformazione *online* della Russia verso l'UE, gli Stati membri e i Paesi confinanti. Oggigiorno, in seno al SEAE, opera la più ampia *Strategic Communications Division (StratCom)*³⁷.

L'anno dopo, l'approvazione della *comunicazione sul contrasto alle minacce ibride*³⁸ ha portato all'istituzione della "Cellula per l'analisi delle minacce ibride" (*EU Hybrid Fusion Cell*) all'interno dell'*EU Intelligence and Situation Centre* (EU INTCEN) del SEAE. Nel *piano d'azione contro la disinformazione* del 2018³⁹ è stato, inoltre, istituito un sistema di allarme rapido tra gli Stati e le Istituzioni dell'UE, con lo scopo di assicurare una risposta comune per mezzo della condivisione di informazioni e tempestive segnalazioni sulle campagne disinformative.

Con il più ampio *piano d'azione per la democrazia europea* (EDAP) del 2020⁴⁰, la Commissione si è prefissata l'obiettivo di rafforzare la capacità delle democrazie europee di resistere alle minacce, individuando come azioni chiave quelle della promozione di elezioni libere e regolari e di una forte partecipazione democratica; del sostegno ai mezzi d'informazione liberi e indipendenti; e, appunto, del contrasto alla disinformazione. Il piano d'azione anticipa l'intenzione della Commissione di sviluppare il pacchetto

delle informazioni e la disinformazione rappresentano una violazione delle libertà fondamentali di espressione e informazione sancite dall'articolo 11 della Carta [di Nizza]».

³⁷ Questa è formata dal *Policy, Strategy and Global Priority Issues Team* (che si occupa dello sviluppo di strategie e politiche, delle minacce emergenti, della cooperazione con gli Stati membri, compreso il sistema di allarme rapido, e alcuni partner internazionali), dall'*Information Analysis, Open Source and Data Strategy Team* (rivolto all'analisi e alla valutazione dell'ambiente informativo, dello sviluppo di una metodologia solida e scalabile e della cooperazione analitica) e dalle tre Task Force *East StratCom*, *South* e *Western Balkans*.

³⁸ Comunicazione JOIN(2016) 18, p. 4.

³⁹ Comunicazione JOIN(2018) 36.

⁴⁰ Comunicazione del 3 dicembre 2020, COM(2020) 790 final.

di strumenti per contrastare l'ingerenza straniera e le operazioni di influenza, di istituire un nuovo protocollo per rafforzare le strutture di cooperazione esistenti per combattere la disinformazione, di rafforzare il Codice di buone pratiche del 2018⁴¹, di sostenere nuovi progetti innovativi per combattere la disinformazione e, più in generale, di aumentare sostegno e finanziamento alle iniziative in materia.

Sulla base dell'EDAP, il SEAE sta sviluppando in particolare il *FIMI Toolbox*, basato sulla *Bussola strategica* del marzo 2022⁴², che va a integrare e ampliare i compiti della divisione *StratCom* del SEAE con lo scopo di rendere sempre più difficili le pratiche di manipolazione delle informazioni e di ingerenza straniera⁴³.

Infine, con il più recente *pacchetto per la difesa della democrazia* del dicembre 2023, adottato in vista delle elezioni europee del giugno 2024, la Commissione sta proseguendo sulla strada di far emergere le influenze straniere nascoste⁴⁴, rafforzare i processi elettorali nell'UE⁴⁵ e promuovere la partecipazione di cittadini e società civile all'elaborazione delle politiche pubbliche⁴⁶. La comunicazione sulla

⁴¹ *Infra*, par. 4.

⁴² V. Consiglio UE, 21 marzo 2022, Una bussola strategica per la sicurezza e la difesa - Per un'Unione europea che protegge i suoi cittadini, i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla pace e alla sicurezza internazionali, doc. 7371/22. In argomento per tutti L. PALADINI, *La Bussola strategica dell'UE "un anno dopo": obiettivi conseguiti e questioni aperte*, in G. MORGESE (a cura di), *La solidarietà europea: a che punto siamo? EUSTiC Jean Monnet Chair Working Papers 2023*, Bari, 2023, reperibile *online*, p. 138 ss., ove ulteriore bibliografia.

⁴³ Si v. le citate conclusioni del Consiglio UE del 18 luglio 2022, doc. 11429/22. Il SEAE ha predisposto sinora due rapporti sulle attività di contrasto alle FIMI: v. il *1st EEAS Report on Foreign Information Manipulation and Interference Threats*, del febbraio 2023, e il *2nd EEAS Report on Foreign Information Manipulation and Interference Threats*, del gennaio 2024, entrambi reperibili *online*. V. anche le recenti conclusioni del Consiglio europeo del 22 marzo 2024, laddove si sottolinea che «[l]a capacità di dispiegamento rapido dell'UE, la mobilità militare, le esercitazioni reali, il potenziamento della sicurezza spaziale, la lotta contro le minacce informatiche e ibride e il contrasto alla manipolazione delle informazioni e alle ingerenze da parte di attori stranieri rivestono particolare importanza» per la difesa dell'Unione e dei suoi Stati membri (par. 17, corsivo nostro).

⁴⁴ A tal fine, ha presentato la proposta di direttiva, del 12 dicembre 2023, diretta a istituire requisiti armonizzati sulla trasparenza della rappresentanza d'interessi esercitata per conto di paesi terzi, COM(2023) 637 final. La proposta rappresenta una evidente risposta al "Qatargate", su cui v. M.C. CARTA, *L'istituzione dell'organismo europeo indipendente responsabile delle questioni di etica alla prova del Qatargate*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 50 ss., e N. PARISI, *Come l'Unione potrebbe proteggersi dalle condotte di corruzione. Qualche considerazione a partire dal cosiddetto Qatargate*, in *Quaderni AISDUE*, 1/2023, p. 75 ss.

⁴⁵ V. la raccomandazione (UE) 2023/2829 del 12 dicembre 2023 relativa a processi elettorali inclusivi e resilienti nell'Unione e al rafforzamento della natura europea e dell'efficienza nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo.

⁴⁶ Cfr. la raccomandazione (UE) 2023/2836 del 12 dicembre 2023 sulla promozione del

difesa della democrazia⁴⁷ dedica una parte all'illustrazione delle azioni del piano d'azione del 2020 messe in campo per il contrasto alla disinformazione, alla manipolazione delle informazioni e alle ingerenze straniere⁴⁸.

Ora, tutte queste azioni a livello UE si basano sulla consapevolezza che, rispetto alle *fake news* diffuse involontariamente e a quelle condivise da singoli individui o all'interno di piccoli gruppi, le operazioni di disinformazione organizzata derivanti da ingerenze straniere nell'UE sono ben più dannose. Come è stato sottolineato⁴⁹, ciò è dovuto alle loro notevoli dimensioni, al fatto che circolano in maniera difficilmente controllabile *online* minando la fiducia nelle istituzioni democratiche, nonché alla loro elevata attitudine a sfruttare e rafforzare divisioni sociali e pregiudizi esistenti⁵⁰. Operazioni di questo tipo prendono spesso di mira gruppi sociali emarginati o si rivolgono ai gruppi maggioritari con messaggi volti a colpire le minoranze⁵¹.

La prassi ha dimostrato che questa forma di disinformazione ha un impatto negativo sulla tenuta della democrazia europea e dello Stato di diritto, sia direttamente sia indirettamente⁵². Quanto all'impatto diretto, si è notato come, perlomeno in contesti specifici e in determinati momenti storici, essa sia capace di incoraggiare comportamenti pericolosi e/o incitare

coinvolgimento e della partecipazione effettiva dei cittadini e delle organizzazioni della società civile ai processi di elaborazione delle politiche pubbliche.

⁴⁷ Del 12 dicembre 2023, COM(2023) 630 final.

⁴⁸ Si v. in specie l'Allegato 1 al doc. *ult. cit.*, che da p. 18 illustra dettagliatamente lo stato di avanzamento e i risultati conseguiti fino a dicembre 2023.

⁴⁹ Cfr. B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁰ Secondo la risoluzione P9_TA(2022)0064, par. E, la «manipolazione delle informazioni e ad altre tattiche di ingerenza per interferire nei processi democratici dell'UE (...) sono fuorvianti e ingannano i cittadini e incidono sul loro comportamento di voto, amplificano i dibattiti controversi, dividono, polarizzano e sfruttano le vulnerabilità delle società, promuovono l'incitamento all'odio, aggravano le condizioni di gruppi vulnerabili che hanno maggiori probabilità di diventare vittime della disinformazione, alterano l'integrità delle elezioni democratiche e dei referendum, seminano sfiducia nei confronti dei governi nazionali, delle autorità pubbliche e dell'ordine democratico liberale e hanno l'obiettivo di destabilizzare la democrazia europea, e quindi costituiscono una grave minaccia per la sicurezza e la sovranità dell'UE»

⁵¹ Sempre B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 77, ove ulteriori riferimenti.

⁵² In generale v. F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'epoca di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, p. 77 ss.; J. BAYER E AL., *Disinformation and propaganda: impact on the functioning of the rule of law and democratic processes in the EU and its Member States - 2021 update*, study requested by the EP's INGE Special Committee, aprile 2021, reperibile online; C. COLOMINA, H. SÁNCHEZ MARGALEF, R. YOUNGS, *The impact of disinformation on democratic processes and human rights in the world*, study requested by the EP's Subcommittee on Human Rights, aprile 2021, reperibile online. Così anche la risoluzione del Parlamento europeo P9_TA(2023)0219, par. AZ.

alla violenza, ad es. in relazione a questioni concernenti la salute pubblica⁵³ o i gruppi minoritari⁵⁴. Meno chiaro è, invece, l'impatto diretto sullo svolgimento dei processi elettorali, anche laddove la disinformazione *online* si diffonda attraverso tecniche di *microtargeting*⁵⁵: sebbene operazioni di questo tipo manipolino il discorso politico sui *social network*, pregiudicando la qualità del dibattito pubblico soprattutto in periodo pre-elettorale⁵⁶, non è stata ancora dimostrata un'esatta correlazione causale tra dette operazioni e gli esiti delle elezioni politiche; anzi, secondo alcuni, l'impatto delle prime sui secondi sarebbe praticamente nullo⁵⁷.

Altrettanto pericoloso, pur se meno evidente, è l'impatto indiretto della disinformazione che, nel medio-lungo periodo, contribuisce all'indebolimento del grado di credibilità e fiducia nel sistema politico, nelle istituzioni

⁵³ Come ha dimostrato la vicenda relativa alla "pericolosità" dei vaccini Covid-19: cfr. tra gli altri S. L. VÉRITER, C. BJOLAB, J. A. KOOPS, *Tackling COVID-19 Disinformation: Internal and External Challenges for the European Union*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2020, p. 569 ss.

⁵⁴ Es. nei confronti delle persone LGBTQI+ oppure dei migranti. Vedi rispettivamente C. STRAND, J. SVENSSON, *Disinformation campaigns about LGBTI+ people in the EU and foreign influence*, study originally requested by the EP's INGE Special Committee; e J. SZAKÁCS, É. BOGNÁR, *The impact of disinformation campaigns about migrants and minority groups in the EU*, study originally requested by the EP's INGE Special Committee, reperibile *online*.

⁵⁵ *Infra*, par. 4.

⁵⁶ Il collegamento tra diritto all'informazione (corretta) e diritto a libere elezioni è posto in luce dalla Corte EDU ad es. nella sentenza del 19 febbraio 1998, ricorso n. 24839/94, *Bowman c. Regno Unito*, par. 42; e nella più recente sentenza del 31 agosto 2021, ricorso n. 20002/13, *Associazione Politica Nazionale Lista Marco Pannella e Radicali Italiani c. Italia*, parr. 80-81. In argomento v. G. ZICCARDI, *L'uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell'algoritmo: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Ragion pratica*, 2020, p. 51 ss.; R. MASTROIANNI, *Introduzione. Libertà e pluralismo dei media: un valore europeo ancora da scoprire?*, in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. IX ss., spec. p. XVIII ss.; e K. JONES, *op. cit.*, p. 18 ss. Tra le tante operazioni di disinformazione politica derivanti da ingerenze straniere individuate in questi anni, si segnalano, oltre a quanto diremo sulle elezioni europee del 2024, quelle recenti dirette a incidere sulle elezioni polacche del 15 ottobre 2023 (a opera di Russia e Bielorussia: v. G. GIGITASHVILI, *How foreign actors targeted Polish information environment ahead of parliamentary elections*, 13 dicembre 2023, reperibile *online*) e di Taiwan del 13 gennaio 2024 (a opera della Cina: S. LAU, *China bombards Taiwan with fake news ahead of election*, in *Politico Pro*, 10 gennaio 2024, reperibile *online*).

⁵⁷ Si vedano gli studi di A. M. GUESS ET AL., *How do social media feed algorithms affect attitudes and behavior in an election campaign?*, in *Science*, 28 luglio 2023, reperibile *online*; di A. M. GUESS ET AL., *Reshares on social media amplify political news but do not detectably affect beliefs or opinions*, *ivi*, 28 luglio 2023, reperibile *online*; e di B. NYHAN ET AL., *Like-minded sources on Facebook are prevalent but not polarizing*, in *Nature*, 3 agosto 2023, reperibile *online*. V. riassuntivamente A. ALÙ, *Disinformazione, non è (tutta) colpa dei social: gli ultimi studi*, in *Agenda digitale*, 7 agosto 2023, reperibile *online*.

democratiche e nei media⁵⁸; così come pericoloso è il suo contrasto eccessivo se produce l'effetto di comprimere indebitamente la libertà di espressione e informazione, così diminuendo il tasso di democraticità e di rispetto della *rule of law* all'interno di un Paese.

Tenendo presente i quattro ambiti esaminati dalla Commissione nelle relazioni annuali sullo Stato di diritto⁵⁹, possiamo riscontrare come la disinformazione causata da ingerenze straniere abbia un impatto indiretto sull'indipendenza, la qualità e l'efficienza dei sistemi giudiziari nazionali; un impatto diretto e indiretto sull'efficacia delle politiche nazionali anticorruzione; un impatto diretto sulla libertà e il pluralismo dei media; e, infine, un impatto diretto e indiretto sul corretto bilanciamento dei poteri, a volte a vantaggio del governo in carica e/o della maggioranza parlamentare che lo esprime (qualora promuova, incoraggi o tolleri la diffusione della disinformazione "interna"), a volte a suo svantaggio (laddove sia fatto obiettivo di campagne di disinformazione dall'esterno o anche dall'interno).

Nei paragrafi successivi esamineremo il contrasto alla disinformazione derivante da ingerenze straniere sotto due aspetti: 1) il primo attiene ai casi in cui i contenuti disinformativi vengono diffusi *online* per influenzare il corretto andamento dei processi democratici di altri Stati; e 2) il secondo si riferisce, invece, alle situazioni in cui la lotta alla disinformazione da ingerenze straniere, all'interno di uno Stato, sortisce l'effetto negativo (voluto o meno) di limitare indebitamente la libertà di espressione e informazione pregiudicando il regolare svolgimento di quei processi.

4. *Il contrasto alla disinformazione causata da ingerenze straniere nell'ambiente online*

I maggiori problemi si pongono, com'è ormai ben noto, nell'ambiente *online* – in specie sui *social network* – ove i contenuti disinformativi hanno un'elevata velocità di diffusione e un'altrettanta elevata capacità di trarre in inganno un pubblico diffuso⁶⁰. Si pensi alla "infodemia da coronavirus", fenomeno riferito alla sovrabbondanza di contenuti informativi su siti web e *social network* sulle cause e conseguenze della pandemia del 2020, tra i quali è stato sin dall'inizio difficile discernere quelli veri, quelli inaccurati,

⁵⁸ Così B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 76 s.

⁵⁹ L'ultima relazione è contenuta nella comunicazione della Commissione del 5 luglio 2023, COM(2023) 800 final.

⁶⁰ Non è un caso, infatti, che per il citato *Flash Eurobarometer 522*, ben il 64% degli intervistati abbia affermato che i *social network* sono i luoghi in cui si aspettano di incontrare disinformazione.

quelli misinformativi e quelli disinformativi originati da campagne di ingerenza straniera; oppure alla disinformazione contro migranti e persone LGBTQI+; o ancora alle campagne disinformative organizzate poste in essere al di fuori dell'UE (come quelle dell'Iran in Medio Oriente, della Cina a Taiwan, e della Russia in Ucraina e Georgia). Proprio in merito al contrasto ai contenuti disinformativi *online* pro-Russia nel quadro della guerra in Ucraina, uno studio del 2023 ha esaminato i rischi sistemici su sei piattaforme *online* (Facebook, Instagram, Twitter, YouTube, TikTok e Telegram) e ha riscontrato che, a eccezione di un caso e nonostante una base dati limitata, gli sforzi di moderazione dei contenuti disinformativi di tutte le altre piattaforme sono risultati insufficienti⁶¹.

Eppure, l'azione di contrasto dell'UE alla disinformazione *online* negli ultimi anni si è fatta, come si diceva, più intensa. Il Consiglio ha messo in luce come la manipolazione delle informazioni e le ingerenze straniere mirino a

«fuorviare, ingannare e destabilizzare le nostre società democratiche, creare e sfruttare attriti culturali e sociali, nonché incidere negativamente sulla nostra capacità di condurre una politica estera e di sicurezza»⁶².

Anche il Parlamento europeo ha avuto modo di evidenziare la pericolosità della disinformazione *online* causata da ingerenze straniere in alcune sue risoluzioni⁶³. La Commissione, dal canto suo, ha approvato alcune comunicazioni in cui vengono evidenziati i rischi strategici per l'UE e i suoi Stati membri dalla diffusione *online* di contenuti disinformativi, specie se derivanti da operazioni di ingerenza straniera⁶⁴.

⁶¹ V. il rapporto Digital Services Act: Application of the Risk Management Framework to Russian disinformation campaigns, agosto 2023, reperibile online. Per una critica al rapporto v. J. BARATA, J. CALVET-BADEMUNT, The European Commission's Approach to DSA Systemic Risk is Concerning for Freedom of Expression, in Tech Policy Press, 30 ottobre 2023, reperibile online.

⁶² Così le ricordate conclusioni del Consiglio del 18 luglio 2022, doc. 11429/22.

⁶³ Cfr. le risoluzioni del 23 novembre 2016, Comunicazione strategica dell'Unione europea per contrastare la propaganda nei suoi confronti da parte di terzi, P8_TA(2016)0441; del 13 marzo 2019, Seguito dato dal SEAE a due anni dalla relazione del PE sulla comunicazione strategica dell'UE per contrastare la propaganda nei suoi confronti da parte di terzi, P8_TA(2019)0187; del 10 ottobre 2019 sulle ingerenze elettorali straniere e la disinformazione nei processi democratici nazionali ed europei, P9_TA(2019)0031; nonché le risoluzioni "gemelle" sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, inclusa la disinformazione, rispettivamente del 9 marzo 2022 (P9_TA(2022)0064) e del 1° giugno 2023 (P9_TA(2023)0219).

⁶⁴ V. le citate JOIN(2016) 18, COM(2018) 236 e JOIN(2018) 36, oltre alle comunicazioni del 10 giugno 2020, Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 - Guardare ai fatti,

Tutto ciò, però, non ha sinora condotto al superamento di un doppio ostacolo. Ci si riferisce anzitutto alla circostanza già chiarita per cui, non essendo illegali, quelli disinformativi *online* non possono essere rimossi in base alle norme vigenti per altri contenuti. Come detto, l'UE – a eccezione delle misure restrittive prese in occasione dell'aggressione della Russia all'Ucraina del 2022⁶⁵ – e numerosi Stati membri non dispongono di un regime di sanzioni specifiche contro le ingerenze straniere e le campagne di disinformazione orchestrate da attori statali stranieri, né *online* né *offline*. Inoltre, anche se simili contenuti fossero illegali, si ricorda che le piattaforme *online*, sin dalla direttiva *eCommerce* del 2000⁶⁶, godono dell'esenzione dalla responsabilità per i contenuti diffusi da terzi attraverso i loro servizi (c.d. esenzione dalla responsabilità indiretta o *secondary liability*), alla duplice condizione che non siano effettivamente al corrente di attività o informazioni illecite e che, non appena ne vengano al corrente, agiscano immediatamente per rimuoverle o per disabilitarne l'accesso da parte della generalità degli utenti dei loro servizi⁶⁷.

In questa situazione – amplificata dall'“esplosione” dei sistemi di intelligenza artificiale generativa (GAI) che stanno dando ulteriore impulso alle campagne disinformative⁶⁸ – è di capitale importanza il ruolo svolto dalle piattaforme *online*, soprattutto dai *social network*, i cui servizi fungono da tempo da “amplificatore” delle informazioni a livello mondiale.

Il problema risiede sì nella possibilità tecnica di svolgere attività di moderazione e rimozione anche automatizzate dei contenuti disinformativi *online*⁶⁹, ma soprattutto nel modello economico adottato da queste piattaforme. La disinformazione *online*, derivante o meno da ingerenze straniere, ha infatti modo di prosperare in ragione del fatto che i contenuti maggiormente dirompenti o polarizzanti, veri o falsi che siano, spesso sono ritenuti “prioritari” e posti in evidenza dagli algoritmi di raccomandazione dei so-

JOIN(2020) 8 final, e COM(2020) 790 final.

⁶⁵ *Infra*, par. 6.

⁶⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

⁶⁷ In argomento v. G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *federalismi.it*, 1/2022, p. 80 ss., spec. p. 83 ss.

⁶⁸ Si tratta di sistemi, come ChatGPT, in grado di generare false immagini altamente sofisticate, capaci di trarre in inganno anche gli utenti più esperti. Cfr. M. ADAM, C. HOCQUARD, *Artificial intelligence, democracy and elections*, EPRS Briefing, September 2023, reperibile *online*; A. FUNK, A. SHAHBAZ, K. VESTEINSSON, *The Repressive Power of Artificial Intelligence. Freedom on the Net 2023*, 2023, reperibile *online*; R. MEDHORA, *Divide et Impera: le fake news cambiano marcia*, in *Ispionline*, 21 dicembre 2023.

⁶⁹ Attività che comunque sono molto delicate e, come visto *supra*, sollevano tutta una serie di quesiti sulla effettiva tutela della libertà di espressione e informazione.

*cial network*⁷⁰. Se, dunque, gli algoritmi paiono dare visibilità a contenuti non necessariamente veritieri purché però in grado di attrarre l'attenzione degli utenti, è chiaro che le decisioni progettuali delle piattaforme svolgono un ruolo primario nell'agevolare o meno la diffusione della disinformazione. La questione, oggetto anche di un rapporto della Corte dei conti europea⁷¹, è emersa plasticamente con lo scandalo dei c.d. *Facebook Files*⁷².

Fino a poco tempo fa, stante l'assenza di un compiuto quadro normativo e in ragione dell'esenzione delle piattaforme digitali dalla responsabilità secondaria, il contrasto alla disinformazione *online* è stato disciplinato in base ai *termini e condizioni* di queste ultime, che per lungo tempo hanno esercitato un potere pressoché assoluto nel decidere cos'era disinformazione e cosa non lo era⁷³. L'applicazione di discipline frammentate tra le di-

⁷⁰ Nonostante non si abbia completa evidenza di come funzionino, sotto il profilo tecnico, i sistemi algoritmici di raccomandazione dei contenuti, questi sembrano essere impostati in modo da privilegiare la visualizzazione delle notizie da parte degli utenti non in ordine cronologico bensì in base alla loro "popolarità": ad es, perché hanno ricevuto numerosi apprezzamenti (*like*) oppure perché sono state diffuse (condivise) da molti utenti. Inoltre, questi algoritmi sembrano analizzare i dati forniti volontariamente o involontariamente dagli utenti e – sulla base della convinzione per cui gli individui sono portati a privilegiare le informazioni conformi alle loro idee quando devono compiere le proprie scelte – racchiudono ciascuno di loro all'interno di bolle che filtrano le informazioni in ingresso (c.d. *filter bubble*) e li mettono prioritariamente in relazione agli altri utenti con opinioni simili. Quindi, essi vengono esposti prioritariamente ai contenuti (anche falsi) che confermano, rafforzano o amplificano le loro opinioni (fenomeno della c.d. *echo chamber*), col risultato di una crescente polarizzazione (o radicalizzazione) del dibattito *online*. Secondo l'art. 3, lett. s), del regolamento DSA (*infra*, nota 90), per *sistema di raccomandazione* s'intende «un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate». In argomento, tra gli altri, v. A. PERUZZI, F. ZOLLO, A. L. SCHMIDT, W. QUATTROCIOCCHI, *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e politiche sociali*, 3/2018, p. 72; G. PITRUZZELLA, *La libertà*, cit., spec. p. 26 ss.; R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws*, 1/2020, p. 224 ss.; S. PIVA, *Libertà d'informazione e piattaforme digitali. Questioni aperte nei Paesi liberal-democratici e considerazioni sulle "misure di guerra" nella Federazione russa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2022, p. 185, spec. p. 193 ss.

⁷¹ Cfr. Corte dei conti europea, *La disinformazione nell'UE: combattuta ma non vinta*, relazione speciale 9/2021, reperibile *online*.

⁷² Lo scandalo ha rivelato nel dettaglio i fallimenti della società Facebook (ora Meta) nel contenere la disinformazione e gli *hate speech*, a volte per carenze tecniche e a volte per salvaguardare i profitti derivanti dalle rilevanti interazioni *social* che questi contenuti generavano.

⁷³ Di frequente, ciò è avvenuto in base all'applicazione degli algoritmi automatizzati senza successiva verifica umana e senza che gli utenti abbiano ricevuto una motivazione e/o avuto a disposizione altri mezzi di ricorso oltre quelli interni, ove previsti. Cfr. B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 78. V. anche I. DE VIVO, *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del "regulatory turn" europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *federalismi.it*, 2/2024, p. 45 ss.

verse piattaforme – e anche all’interno della stessa piattaforma operante in diverse aree geografiche – ha comportato che, all’esito di attività censorie autonomamente regolate e dai contorni poco chiari, siano state ad es. prese decisioni di contrasto di contenuti non disinformativi⁷⁴ oppure che non si sia proceduto alla rimozione di quelli chiaramente classificabili come tali⁷⁵. Si assiste da tempo, dunque, a una marcata “privatizzazione della censura”, cioè al fallimento della predetta idea di derivazione statunitense secondo cui il *free marketplace of ideas* si sappia autoregolare sempre al meglio⁷⁶.

In un primo tempo, l’UE ha imboccato la strada degli strumenti di co-regolamentazione volontaria. Il 20 settembre 2018 è stato firmato il *Codice di buone pratiche dell’UE sulla disinformazione*⁷⁷ dalla Commissione, da alcune piattaforme⁷⁸ e da associazioni di settore. L’importanza di questo Codice è indubbia, essendo il primo tentativo a livello mondiale di co-regolare in maniera volontaria la questione della disinformazione, ma ha rappresentato solo un primo passo nella direzione voluta. I firmatari hanno riconosciuto l’importanza di aumentare gli sforzi per chiudere i profili falsi e garantire l’integrità dei servizi contro i profili intenti a diffondere disinforma-

⁷⁴ Gli strumenti di contrasto consistono, in genere, nella rimozione dei contenuti, nella sospensione e/o cancellazione degli *account*, nel c.d. *shadowbanning* (che consiste nel nascondere i contenuti agli altri utenti in determinati feed o interfacce) e nel “declassamento” (che comporta che i contenuti disinformativi vengano resi meno evidenti nei sistemi algoritmici di diffusione delle informazioni): così tra gli altri K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 2018, p. 1598 ss., e T. GILLESPIE, *Do Not Recommend? Reduction as a Form of Content Moderation*, in *Social Media + Society*, 2022, p. 1 ss. Sulle nuove prospettive di contrasto aperte dagli strumenti di IA generativa, v. P. M. BARRETT, J. HENDRIX, *Is Generative AI the Answer for the Failures of Content Moderation?*, in *TechPolicy.press*, 3 aprile 2024, reperibile *online*, e A. BOICEL, *Using LLMs to Moderate Content: Are They Ready for Commercial Use?*, *ivi*.

⁷⁵ Come ricordano B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 78, alcune piattaforme *online* vietano in genere alcune attività legate a operazioni di disinformazione organizzate, quali ad es. l’uso coordinato di account falsi e *bot* (sistemi automatizzati) per diffondere informazioni o la diffusione di determinati contenuti disinformativi (ad es. quelli legati al Covid-19 quali le affermazioni false già sfatate dalle autorità sanitarie pubbliche); su altre piattaforme, invece, la disinformazione si diffonde incontrollata. Cfr. la risoluzione P9_TA(2023)0219, parr. AI-AJ.

⁷⁶ Vedi M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell’Unione Europea (Code of practice on disinformation)*, in *federalismi.it*, 11/2020, p. 282 ss.; M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. Spunti di comparazione, in *MediaLaws*, 1/2021, p. 67 ss.; O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, p. 175 ss.; S. PIVA, *op. cit.*, p. 198 ss.

⁷⁷ Reperibile *online*, sul quale M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell’UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *MediaLaws*, 1/2019, p. 320; G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *federalismi.it*, 11/2019, p. 2; e M. MONTI, *La disinformazione online*, *cit.*

⁷⁸ Facebook, Google, Microsoft, Mozilla, Twitter, ByteDance (TikTok).

zione⁷⁹, senza però prendere impegni precisi: gli unici “sforzi ragionevoli” riguardano il vaglio delle inserzioni pubblicitarie (par. II.A), la presentazione trasparente di messaggi pubblicitari politici e campagne di sensibilizzazione (par. II.B), maggiore controllo dell’integrità dei servizi quanto all’uso di *bot* di diffusione delle notizie (par. II.C), nonché maggiore responsabilizzazione dei consumatori (par. II.D) e della comunità dei ricercatori (par. II.E).

Per ovviare alla sostanziale inefficacia del Codice del 2018, anche in ragione dell’aumento dei contenuti disinformativi correlati alla pandemia del 2020, la Commissione ha promosso il nuovo *Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione* del 2022⁸⁰, che mirava a eliminare i difetti del suo predecessore introducendo impegni e misure più rigorosi e dettagliati sulla base dell’esperienza accumulata.

Il Codice rafforzato è stato inizialmente firmato da 34 soggetti⁸¹ ed è molto più ampio di quello del 2018: si propone, infatti, di ridurre gli incentivi finanziari (*demonetizzazione*) per chi diffonde disinformazione⁸², di puntare l’attenzione su nuovi comportamenti manipolativi⁸³, di dotare gli utenti di strumenti migliori per riconoscere, di comprendere e segnalare la disinformazione, di dare impulso alla verifica dei fatti in tutti i Paesi e in tutte le lingue UE⁸⁴, di garantire la trasparenza della pubblicità politica⁸⁵, di rafforzare il sostegno ai ricercatori indipendenti⁸⁶, di valutare il suo impatto attraverso un solido quadro di monitoraggio e relazioni periodiche sulle sue modalità di attuazione, nonché di istituire un centro per la trasparenza e una *task force* al fine di monitorare la sua attuazione e mantenerlo adeguato ai suoi obiettivi e alle esigenze future.

⁷⁹ Par. I, numeri v) e vi).

⁸⁰ V. per tutti O. POLLICINO, *Migrazioni di idee costituzionali*, cit., p. 102 ss.

⁸¹ Tra cui le principali piattaforme *online* (Meta, Google, Twitter, TikTok e Microsoft), piattaforme più piccole o specializzate, agenzie pubblicitarie, società di tecnologia pubblicitaria, verificatori di fatti e rappresentanti della società civile o operatori che offrono competenze e soluzioni specifiche per combattere la disinformazione.

⁸² Facendo sì che i “professionisti della disinformazione” non beneficino di introiti pubblicitari.

⁸³ Come gli account fasulli, i *bot* e soprattutto i *deepfake* ormai molto diffusi *online* in conseguenza dello sviluppo di strumenti basati sull’intelligenza artificiale generativa.

⁸⁴ In modo che il lavoro dei verificatori dei fatti venga remunerato in maniera adeguata. In proposito si segnala lo *European Code of Standards for Independent Fact-Checking Organisations* sviluppato dallo *European Fact-Checking Standards Network* (EFCSN), che raggruppa una cinquantina di organizzazioni indipendenti di *fact-checking*.

⁸⁵ Affinché gli utenti possano facilmente distinguere gli annunci di natura politica da altro tipo di annunci, in specie grazie a indicazioni più chiare e a informazioni riguardo agli sponsor, all’entità della spesa e al periodo di visualizzazione: sul tema v. *infra* in questo par.

⁸⁶ Consentendo loro un più ampio accesso ai dati delle piattaforme.

Nonostante gli indubbi miglioramenti, il Codice del 2022 rappresenta uno strumento ancora sub-ottimale, in quanto non prevede sanzioni e controlli da parte di autorità indipendenti, né specifiche procedure per garantire la libertà di espressione sulle piattaforme⁸⁷, né sistemi effettivi ed efficaci di ricorso ad autorità indipendenti⁸⁸, e tanto meno tempi rapidi e certi entro cui controllare e rimuovere i contenuti disinformativi⁸⁹.

La situazione è in via di cambiamento con l'entrata in vigore del *Digital Services Act* (DSA)⁹⁰, che segna il passaggio dalla fase di co-regolazione volontaria a una di regolamentazione strutturata da parte dell'UE. L'art. 34 DSA, infatti, sottopone le piattaforme *online* molto grandi (*Very Large Online Platforms* o VLOPs) e i motori di ricerca molto grandi (*Very Large Online Search Engines* o VLOSEs)⁹¹ al controllo della Commissione e all'obbligo principale di individuare, analizzare e valutare «con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi». Tra i rischi sistemici, la norma annovera non solo la diffusione di contenuti illegali ma anche tutto ciò che provoca effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali, ivi compreso il diritto alla libertà di espressione e di informazione (inclusi la libertà e il pluralismo dei media), sul dibattito civico e sui processi elettorali.

In proposito, la Commissione sta dimostrando un certo attivismo. Per un verso, ha aperto due procedimenti formali ai sensi dell'art. 66 DSA: il primo nei confronti della piattaforma X (ex Twitter) con riferimento, tra l'altro, all'efficacia delle misure adottate per contrastare la manipolazione delle informazioni⁹²; il secondo, più recente, nei confronti di Meta riguardante, in particolare, il mancato rispetto su Facebook e Instagram degli

⁸⁷ In altri termini, non contrasta la “privatizzazione della censura” di cui si parlava prima.

⁸⁸ Sistemi che, ad es., permettano di contestare la rimozione e/o segnalazione di account e contenuti ritenuti non disinformativi, come anche la mancata rimozione e/o segnalazione di quelli ritenuti disinformativi.

⁸⁹ Con la conseguenza che, anche laddove individuati e rimossi, ciò avviene troppo tardi perché già ampiamente diffusi.

⁹⁰ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁹¹ Cioè quelle piattaforme che, ai sensi dell'art. 33 DSA, «hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni» e che sono designate come tali. A oggi, l'elenco di VLOPs e VLOSEs – stilato il 25 aprile 2023 e integrato il 20 dicembre 2023 – comprende le piattaforme Alibaba AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Bing, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Search, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Pornhub, Snapchat, Stripchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, XVideos, YouTube e Zalando.

⁹² Comunicato stampa del 18 dicembre 2023, IP/23/6709.

obblighi relativi al contrasto delle campagne di disinformazione e dei comportamenti non autentici coordinati⁹³. Per altro verso, sta predisponendo gli orientamenti sulle misure di attenuazione *ex art. 35, par. 3, DSA*, a cominciare da quelli sull'attenuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali che vedremo più avanti⁹⁴.

In questo mutato quadro normativo, il Codice rafforzato del 2022 dovrebbe essere riconosciuto come *codice di condotta ex art. 45 DSA* ai fini dell'attenuazione dei rischi sistemici derivanti dalla disinformazione. Vero è che la partecipazione a simili codici rimarrà volontaria, ma è altrettanto vero che difficilmente le piattaforme interessate potranno sottrarsi del tutto all'applicazione di vecchie e nuove norme prima volontarie che ormai, in qualche modo, stanno transitando nel quadro regolatorio vincolante del DSA.

E infatti, ricomprendendola tra i contenuti fuorvianti o ingannevoli atti a provocare o amplificare effetti negativi per i diritti fondamentali⁹⁵, il DSA prende atto della necessità di regolare in maniera più stringente la disinformazione sulle piattaforme *online* di grandi dimensioni: intervenendo, cioè, laddove si verificano i maggiori problemi. Le piattaforme dovranno tenere sotto controllo i loro sistemi algoritmici e, soprattutto, intervenire in caso di manipolazione dei loro servizi o di violazione sistematica delle condizioni d'uso da parte degli utenti⁹⁶. In particolare, VLOPs e VLOSEs devono d'ora in poi considerare in che modo i loro servizi possono (contri-

⁹³ Comunicato stampa del 30 aprile 2024, IP/24/2373. Cfr. A. ROCIOLA, Elezioni europee, l'UE apre un'indagine su Meta per scarso contrasto alla disinformazione, in *La Repubblica*, 30 aprile 2024, reperibile online.

⁹⁴ *Infra*, par. 8.

⁹⁵ V. il considerando 84 DSA, per il quale, «[n]el valutare i rischi sistemici individuati nel presente regolamento, [le VLOPs e le VLOSEs] dovrebbero concentrarsi anche sulle informazioni che non sono illegali ma contribuiscono ai rischi sistemici individuati nel presente regolamento. [Essi] dovrebbero pertanto prestare particolare attenzione al modo in cui i loro servizi sono utilizzati per diffondere o amplificare contenuti fuorvianti o ingannevoli, *compresa la disinformazione*» (corsivo nostro).

⁹⁶ Lo stesso considerando *ult. cit.* è molto chiaro nel sottolineare che, «[q]ualora l'amplificazione algoritmica delle informazioni contribuisca ai rischi sistemici, tali fornitori dovrebbero tenerne debitamente conto nelle loro valutazioni del rischio. (...) [VLOPs e VLOSEs] dovrebbero, in particolare, valutare in che modo la progettazione e il funzionamento del loro servizio, nonché la manipolazione e l'uso intenzionali e talvolta coordinati dei loro servizi, o la violazione sistematica delle loro condizioni di servizio contribuiscano a tali rischi. Tali rischi possono sorgere, ad esempio, da un uso non autentico del servizio, come la creazione di account falsi, l'uso di bot o altri usi ingannevoli di un servizio, e da altri comportamenti automatizzati o parzialmente automatizzati che possono condurre alla rapida e ampia diffusione al pubblico di informazioni che costituiscono contenuti illegali o incompatibili con le condizioni generali della piattaforma online o del motore di ricerca online e che *contribuiscono alle campagne di disinformazione*» (corsivo nostro).

buire a) creare tali rischi facilitando la diffusione della disinformazione; valutare questi rischi almeno una volta l'anno e comunque prima di implementare nuove funzioni tecniche; far verificare in modo indipendente la loro autovalutazione dei rischi e le conseguenti misure di attenuazione; e presentare apposite relazioni alla Commissione europea⁹⁷.

Il DSA prevede anche un *meccanismo di risposta alle crisi* la cui opportunità in tema di corretto bilanciamento tra libertà di espressione e contrasto alla disinformazione è, però, tutta da valutare. In presenza di una crisi⁹⁸, l'art. 36 DSA consente alla Commissione di chiedere a VLOPs e VLOSEs di adottare con urgenza una o più azioni concernenti la valutazione dei loro servizi, l'individuazione e applicazione di misure specifiche e l'adozione di relazioni da inviare alla stessa Commissione⁹⁹. Non può sottacersi l'idoneità di una misura del genere a incidere in misura forse troppo ampia sul bilanciamento tra libertà di informazione e contrasto alla disinformazione, spostando l'asticella verso quest'ultimo: forse anche per questo, l'art. 36, par. 3, DSA stabilisce che il meccanismo può essere utilizzato solo se «le azioni richieste (...) sono strettamente necessarie, giustificate e proporzionate» e «sono limitate a un periodo non superiore a tre mesi».

Un cenno va fatto anche al rafforzamento della *regolamentazione della pubblicità politica sui social network* perseguito mediante il recente regolamento 2024/900¹⁰⁰, che rappresenta il primo atto legislativo dell'UE che affronta direttamente una questione sinora lasciata agli Stati membri.

⁹⁷ Su tutti questi aspetti, e per una critica al sistema così delineato, si rinvia a A. PALUMBO, J. PIEMONTE, *Delega di funzioni regolamentari e lotta ai rischi sistemici causati dalla disinformazione nel Digital Services Act: quali rischi per la libertà di espressione?*, in *Media-Laws*, 1/2024, reperibile online.

⁹⁸ Ai sensi dell'art. 36, par. 2, per "crisi" s'intende il verificarsi di circostanze eccezionali che comportano «una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell'Unione o in parti significative della stessa». Il considerando 91 afferma che «[t]ali crisi potrebbero derivare da conflitti armati o atti di terrorismo, compresi conflitti o atti di terrorismo emergenti, catastrofi naturali quali terremoti e uragani, nonché pandemie e altre gravi minacce per la salute pubblica a carattere transfrontaliero». Chiaro appare il riferimento all'esperienza della già ricordata infodemia da Covid-19, sebbene la norma sia stata introdotta a sèguito dell'invasione dell'Ucraina del 2022.

⁹⁹ Il considerando *ult. cit.* ha cura di precisare che «[l]e misure che tali prestatori possono individuare e considerare di applicare possono includere, ad esempio, l'adeguamento dei processi di moderazione dei contenuti e l'aumento delle risorse destinate alla moderazione dei contenuti, l'adeguamento delle condizioni generali, i sistemi algoritmici e i sistemi pubblicitari pertinenti, l'ulteriore intensificazione della cooperazione con i segnalatori attendibili, l'adozione di misure di sensibilizzazione, la promozione di informazioni affidabili e l'adeguamento della progettazione delle loro interfacce online».

¹⁰⁰ Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica. Sulla proposta del 25 novembre 2021, COM(2021)731 final, v. C. MASSA, *Quando l'UE decide di regolare la pubblicità*

La pubblicità politica *online* solleva timori per due ragioni. La prima è che si basa sull'utilizzo di dati personali e comportamentali molto accurati e sensibili, in merito ai quali andrebbe verificata l'esistenza del consenso al loro utilizzo; la seconda ragione è che, all'aumentare dei dati raccolti, maggiore risulta la capacità dei messaggi politici di raggiungere gruppi sempre più piccoli (*microtargeting*), individuati in base a caratteristiche specifiche, così superando la parziale inefficacia dei messaggi pubblicitari tradizionali che, invece, sono diretti alla generalità del pubblico. Vero è che la pubblicità politica "microtargettizzata" è fenomeno solo parzialmente sovrapponibile alla disinformazione¹⁰¹; però essa si presta, come ha dimostrato la vicenda della società "Cambridge Analytica"¹⁰², a essere utilizzata per diffondere contenuti disinformativi a determinati gruppi di persone predisposte ad accogliere come veritieri tali contenuti, contando su un effetto a catena di successiva misinformazione¹⁰³.

Il regolamento 2024/900 – che, a parte due norme, si applicherà dal 10 ottobre 2025 – rappresenta, assieme al Codice rafforzato del 2022, un elemento positivo nell'ottica del contrasto alla disinformazione organizzata sulle piattaforme *online*, specie in periodo pre-elettorale¹⁰⁴. Partendo da una nozione ampia di "pubblicità politica"¹⁰⁵, il regolamento permette

politica online: luci e ombre della proposta di regolamento, in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 61 ss.

¹⁰¹ Conforme B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰² Questa vicenda ha messo in luce i pericoli per la tutela dell'assetto democratico degli Stati e per la correttezza del dibattito politico e dei processi elettorali, pericoli derivanti dalla diffusione della disinformazione che sfrutta tecniche di *microtargeting* politico. Sulla vicenda v. E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, in *Il Post*, 19 marzo 2018, reperibile *online*.

¹⁰³ Tuttavia, la vicenda "Cambridge Analytica" non va enfatizzata. Secondo un recente studio di K. DOMMETT, G. KEFFORD, S. KRUSCHINSKI, *Data-Driven Campaigning and Political Parties. Five Advanced Democracies Compared*, Oxford, 2023, infatti, i partiti politici nazionali basano ancora le proprie campagne elettorali non sull'utilizzo di dati dettagliati sugli elettori ma su metodi più tradizionali. La ragione va ricercata nella mancanza di risorse, nelle scarse capacità tecniche utilizzate, in informazioni incomplete o non aggiornate sulle intenzioni degli elettori e nelle sempre più restrittive discipline nazionali a tutela dei dati personali, tutti elementi che fanno sì che quasi in nessun Paese esaminato si possano ragionevolmente predisporre, con continuità, campagne elettorali *data-driven*.

¹⁰⁴ Il considerando 4 ricorda che «[l]a pubblicità politica può essere un vettore di disinformazione, specie se non ne è esplicitata la natura politica, se proviene da sponsor esterni all'Unione o se è oggetto di tecniche di targeting o tecniche di consegna dei messaggi pubblicitari. È necessario un livello elevato di trasparenza anche per sostenere un dibattito politico e campagne politiche equi e aperti, come pure elezioni o referendum liberi e regolari, e per combattere la manipolazione dell'informazione e le interferenze, nonché le interferenze illecite anche da paesi terzi».

¹⁰⁵ Sarà considerata tale, ai sensi dell'art. 3, n. 2, e salve talune esclusioni, «la preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un mes-

l'utilizzo per le attività di *microtargeting* della pubblicità politica dei soli dati personali¹⁰⁶ raccolti presso l'interessato e il cui uso sia stato autorizzato esplicitamente per quei fini. Inoltre, nell'ottica di contrastare le operazioni di ingerenza straniera, sarà vietata la prestazione di servizi pubblicitari a favore di sponsor di Paesi terzi a partire da tre mesi prima di un'elezione o referendum¹⁰⁷. Si specifica, qualora ce ne fosse bisogno, che il futuro regolamento non vieterà la diffusione di opinioni politiche e altri contenuti sotto responsabilità editoriale, così come le opinioni espresse a titolo personale dagli utenti¹⁰⁸.

5. Segue. *E attraverso i media tradizionali*

Minori preoccupazioni solleva la diffusione di campagne disinformative attraverso i media, in quanto è più agevole individuare e sanzionare simili attività. Posti la posizione di preminenza che l'UE riserva ai media a partire già dall'art. 11, par. 2, Carta di Nizza¹⁰⁹ e il loro ruolo chiave nella lotta alla disinformazione¹¹⁰, infatti, le minori preoccupazioni dipendono sia dall'esistenza delle norme nazionali sulla responsabilità editoriale sia dal maggiore controllo pubblico che è possibile esercitare nei confronti di editori e testate di informazione¹¹¹.

saggio fornito normalmente dietro retribuzione o tramite attività interne o nell'ambito di una campagna di pubblicità politica: a) di, a favore o per conto di un attore politico, salvo se di natura meramente privata o meramente commerciale; oppure b) che possa e sia inteso a influenzare l'esito di un'elezione o referendum, un comportamento di voto o un processo legislativo o regolamentare, a livello dell'Unione, nazionale, regionale o locale».

¹⁰⁶ Peraltro, non tutti i dati potranno essere utilizzati, visto che l'art. 18 stabilisce un divieto di utilizzare tecniche di *targeting* o di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica *online* che comportano la profilazione basata su quelli "sensibili" (etnia, religione, orientamento sessuale, ecc.) o quelli dei minori d'età.

¹⁰⁷ Art. 5, par. 2.

¹⁰⁸ Art. 1, par. 2 e 3.

¹⁰⁹ Secondo cui «[L]a libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati». Anche la risoluzione del Parlamento europeo P9_TA(2023)0219 ha ricordato che «il giornalismo basato sui fatti svolge un ruolo fondamentale in una società democratica, sostenendo i principi di veridicità, accuratezza, imparzialità, onestà e indipendenza» (par. Q). Sul tema del rapporto tra libertà di informazione, media e Unione europea la dottrina è vastissima, per cui ci si limita a rinviare ai recenti lavori (e relative bibliografie citate) in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *op. cit.*

¹¹⁰ V. i vari contributi in H. TUMBER, S. WAISBORD (eds.), *The Routledge Companion to Media Disinformation and Populism*, Abingdon-New York, 2021.

¹¹¹ Un ruolo di questo tipo è svolto, in particolare, dall'Osservatorio europeo dei media digitali (*European Digital Media Observatory*, EDMO), che in maniera indipendente riunisce *fact-checkers*, ricercatori, organizzazioni dei media e altre parti interessate a comprendere e affrontare il fenomeno della disinformazione. L'EDMO si occupa di promuovere la conoscenza scientifica

Ciò non toglie però, per un verso, che editori e testate di informazione possano agevolare o incentivare per ragioni economiche la diffusione *online* di notizie con “titoli a effetto” non sempre rispondenti al loro effettivo contenuto¹¹²; e soprattutto, per altro verso, che contenuti disinformativi possano essere veicolati da alcuni media nel quadro di più ampie misure di ingerenza straniera.

Pur non parlando espressamente di disinformazione, la Corte di giustizia nel caso *Baltic Media Alliance* ha affermato che le misure statali dirette a contrastare la propaganda politica degli Stati stranieri devono rispettare un test di proporzionalità, in base al quale è preferibile una misura che limita di fatto il pubblico cui sono diretti tali contenuti invece della loro soppressione¹¹³. In senso analogo, il Tribunale dell’UE ha confermato la legittimità delle misure restrittive prese dal Consiglio a carico del direttore dell’agenzia di stampa russa *Rossiia Segodnya* in quanto aveva partecipato attivamente a programmi che giustificavano l’intervento militare russo in Ucraina del 2014 e anche per fare pressione sulle autorità russe¹¹⁴.

Novità sono attese dalla piena applicazione negli Stati membri del nuovo regolamento europeo sulla libertà dei media (*European Media Freedom Act* o EMFA)¹¹⁵. Quest’ultimo, nella parte che ci interessa, sottolinea che

sulla disinformazione *online*, lo sviluppo di servizi di verifica dei fatti e il sostegno a programmi di alfabetizzazione mediatica.

¹¹² Come ricordato da A. ALÙ, *Disinformazione e social, la colpa è anche dei mass media: ecco perché*, in *Agenda digitale*, 19 novembre 2021, reperibile *online*, un documento interno del *social network* Facebook ha evidenziato «la tendenza del giornalismo a disincentivare la creazione e la produzione di contenuti originali e approfonditi anche in mancanza di investimenti, privilegiando intenzionalmente la scelta profittabile di confezionare titoli “a effetto” da diffondere sui social per ottenere un maggiore numero di click da cui dipendono i ricavi legati alle campagne pubblicitarie». In argomento v. l’inchiesta di S. ELLISON, E. IZADI, “*Definitely not the results we want*”: Facebook staff lamented “perverse incentives” for media, in *The Washington Post*, 26 ottobre 2021, reperibile *online*. Anche il Parlamento europeo, nella risoluzione P9_TA(2023)0219, par. Q, ha sottolineato che «il sensazionalismo dei media ha un effetto negativo sull’affidabilità delle informazioni pubblicamente accessibili e sul panorama mediatico».

¹¹³ Corte di giustizia, sentenza del 4 luglio 2019, causa C-622/17, *Baltic Media Alliance*, ECLI:EU:C:2019:566 nelle cui dispositivo si afferma che «una misura di ordine pubblico, adottata da uno Stato membro, consistente nell’obbligo (...) di trasmettere o ritrasmettere nel territorio di questo medesimo Stato membro, per un periodo di dodici mesi, un canale televisivo proveniente da un altro Stato membro [nella fattispecie, la Russia] solo in pacchetti a pagamento, senza tuttavia impedire la ritrasmissione propriamente detta nel territorio di tale primo Stato membro delle trasmissioni televisive del suddetto canale, non rientra nell’ambito di applicazione [della direttiva 2010/13/UE, nel senso che non impedisce la ritrasmissione ma la limita solamente]».

¹¹⁴ Tribunale, sentenza del 15 giugno 2017, causa T-262/15, *Kiselev*, ECLI:EU:T:2017:392.

¹¹⁵ Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 aprile 2024, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell’ambito del mercato interno e

«il buon funzionamento del mercato interno dei servizi di media è compromesso da fornitori, compresi quelli controllati da determinati paesi terzi, che si dedicano in modo sistematico ad attività di disinformazione, o manipolazione delle informazioni e ingerenze, e sfruttano le libertà del mercato interno a fini abusivi, ostacolando in tal modo il corretto funzionamento delle dinamiche di mercato»¹¹⁶ e che, al contrario, «servizi di media di qualità costituiscono anche un antidoto alla disinformazione e alla manipolazione delle informazioni e alle ingerenze da parte di attori stranieri»¹¹⁷.

Per questo motivo, l'EMFA contiene tre norme rivolte anche al contrasto ai contenuti disinformativi derivanti da ingerenze straniere sulle piattaforme *online*. Anzitutto, l'art. 15 disciplina la possibilità che le autorità nazionali si prestino reciproco sostegno per l'applicazione degli obblighi gravanti in capo alle piattaforme per la condivisione di video ai sensi dell'art. 28-ter della direttiva 2010/13¹¹⁸; in secondo luogo, all'art. 18, par. 1, EMFA si prevede che i fornitori di servizi di media operanti sulle piattaforme *online* molto grandi, per poter usufruire della tutela rafforzata avverso la rimozione dei contenuti da loro condivisi¹¹⁹, debbano dichiarare di essere «editorialmente indipendenti da Stati membri, partiti politici, paesi terzi ed entità controllate o finanziate da paesi terzi», nonché di essere soggetti a norme di responsabilità editoriale in uno o più Stati membri e alla supervisione di un'autorità od organismo nazionale di regolamentazione¹²⁰; infine, l'art. 19 EMFA stabilisce che il Comitato europeo per i servizi dei media¹²¹

che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media). In dottrina, sulla proposta del 16 settembre 2022, COM(2022) 457 final, v. J. BARATA, *Protecting Media Content on Social Media Platforms. The European Media Freedom Act's Biased Approach*, in *VerfBlog*, 25 novembre 2022, reperibile *online*, e F. DONATI, *Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione nella proposta di Media Freedom Act*, in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 73 ss.

¹¹⁶ Considerando 4.

¹¹⁷ Considerando 14.

¹¹⁸ Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), il cui art. 28-ter stabilisce l'obbligo per le citate piattaforme di adottare misure adeguate qualora, attraverso il loro servizi di condivisione, circolino video e comunicazioni audiovisive che nuocciono ai minori, istigano alla violenza o all'odio oppure includono contenuti vietati. Sovente, simili video e comunicazioni veicolano contenuti disinformativi anche derivanti da misure di ingerenza straniera.

¹¹⁹ *Infra*, par. 7.

¹²⁰ Oppure, in alternativa, dichiarare di aderire a un meccanismo di co-regolamentazione o autoregolamentazione.

¹²¹ Disciplinato all'art. 8 e ss.

organizzati con regolarità un dialogo strutturato tra piattaforme molto grandi, settore dei media e società civile per monitorare, tra l'altro, l'adesione delle piattaforme «alle iniziative di autoregolamentazione volte a proteggere gli utenti da contenuti nocivi, come la disinformazione o la manipolazione delle informazioni e le ingerenze da parte di attori stranieri».

6. Segue. *Il contrasto alla disinformazione "di guerra"*

In aggiunta a tutto ciò, negli ultimi tempi si registrano importanti sviluppi con riguardo alla c.d. "disinformazione di guerra"¹²² posta in essere da canali di informazione operanti nell'UE e riconducibili al controllo diretto o indiretto di Paesi terzi. Tali attività, finalizzate a garantire e/o rafforzare il sostegno alle parti belligeranti, sono state ritenute dall'UE, in presenza di determinati presupposti, una minaccia all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica.

Questi sviluppi si collocano nel contesto della risposta dell'UE all'aggressione della Federazione Russa all'Ucraina, a partire dal 24 febbraio 2022, quando il Consiglio ha adottato, tra l'altro, inedite misure restrittive per contrastare la disinformazione dei media ritenuti riconducibili in qualche modo al governo russo e operanti nell'UE. Ci si riferisce, in specie, al divieto imposto a siffatte emittenti di svolgere attività di diffusione dei propri contenuti in tutto il territorio dell'UE¹²³, divieto ben più intrusi-

¹²² Su cui v. M. CASTELLANETA, La disinformazione nel conflitto in Ucraina: tra *ius in bello* e diritto alla libertà di espressione, in O. PORCHIA, M. VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future. Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi*, Napoli, 2023, p. 327 ss.

¹²³ Nello specifico, la decisione (PESC) 2022/351 del Consiglio, del 1° marzo 2022, e il regolamento (UE) 2022/350 del Consiglio, del 1° marzo 2022, hanno disposto la sospensione di qualsiasi licenza o autorizzazione di radiodiffusione e di qualsiasi accordo di trasmissione e distribuzione con l'emittente Sputnik e alcune filiali europee di Russia Today (RT - Russia Today English; RT - Russia Today UK; RT - Russia Today Germany; RT - Russia Today France; e RT - Russia Today Spanish) e il contestuale divieto a carico di tutti gli operatori europei di ritrasmettere o agevolare la ritrasmissione dei contenuti di questi media. Si ricorda che Sputnik e le filiali europee di RT sono organi di informazione finanziati dalla Federazione Russa e sotto il controllo governativo di quest'ultima, con l'obiettivo di informare e influenzare utenti non russi. In specie, mentre Sputnik si qualifica come un'agenzia di stampa che pubblica notizie *online*, RT trasmette attraverso canali televisivi, *social media* e siti web in lingue come l'inglese, il francese, lo spagnolo, il tedesco, l'arabo e ovviamente il russo. Pochi mesi dopo, la decisione (PESC) 2022/884 del Consiglio, del 3 giugno 2022, e il regolamento (UE) 2022/879 del Consiglio, del 3 giugno 2022, hanno esteso il divieto anche ai media Rossiya RTR - RTR Planeta, Rossiya 24 - Russia 24 e TV Centre International; infine, la decisione (PESC) 2023/1217 del Consiglio, del 23 giugno 2023, e il regolamento (UE) 2023/1214 del Consiglio, del 23 giugno 2023, hanno ricompreso nel divieto anche i media RT Balkan, Oriental Review, Tsargrad, New Eastern Outlook e Katehon. In dot-

vo del *fact-checking* del SEAE¹²⁴ o delle misure generalmente prese dai *social network*¹²⁵.

Il divieto appena ricordato si fonda sul riconoscimento del carattere duraturo e sistematico delle attività di ingerenza straniera russe¹²⁶ e sulla necessità di porre un freno alla propaganda in occasione dell'aggressione all'Ucraina¹²⁷. Le decisioni e i regolamenti indicati dispongono, quindi, un'equiparazione *de facto* dell'attività di disinformazione alla "propaganda di guerra" di cui all'art. 20, par. 1, Patto sui diritti civili e politici, che vincola anche la Federazione Russa.

La questione è stata portata all'attenzione del Tribunale dell'UE, il quale nella sentenza *RT France c. Consiglio* ha avuto modo di respingere le doglianze della società ricorrente¹²⁸. Il giudice ha in particolare riconosciu-

trina v. B. BAADE, *The EU's «Ban» of RT and Sputnik: A Lawful Measure Against Propaganda for War*, in *VerfBlog*, 8 marzo 2022, reperibile *online*; C. DI TURI, *Il conflitto in Ucraina e la "propaganda di guerra" della Federazione russa: quali reazioni da parte dell'Unione europea?*, in *Eurojus*, 2/2022, p. 327 ss.; S. LATTANZI, *Il Consiglio sanziona "la propaganda del Cremlino" e sospende le attività di diffusione dell'agenzia di informazione Sputnik e del canale RT/Russia Today*, in *Blog-DUE*, 7 aprile 2022, reperibile *online*; ID., *La lotta alla disinformazione nei rapporti tra Unione e Stati terzi alla luce del conflitto russo-ucraino*, in *MediaLaws*, 3/2022, p. 158 ss. (riprodotto anche in R. MASTROIANNI, F. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 167 ss.); ID., *Su propaganda e ordine pubblico in Europa*, in *Politica del diritto*, 2023, p. 389 ss.; I. POPOVIC, *The EU Ban of RT and Sputnik: Concerns Regarding Freedom of Expression*, in *EJIL:Talk!*, 30 marzo 2022, reperibile *online*; M. CASTELLANETA, *La disinformazione*, *cit.*

¹²⁴ *Supra*, par. 4.

¹²⁵ Cfr. N. FILATOVA-BILOUS, *Content moderation in times of war: testing state and self-regulation, contract and human rights law in search of optimal solutions*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2023, p. 46 ss. Per un esame della scarsa attività di moderazione svolta da Meta nei due anni della guerra in Ucraina, v. E. IMAS, R. FERREIRA, A. CHANDRA, *Faltering on Facebook, Ignored on Instagram. Examining the Activities of Russian State-Controlled Media on Meta Platforms Two Years After the Invasion of Ukraine*, febbraio 2024, reperibile *online*. V. anche il rapporto di *EUvsDisinfo dal titolo Reflection on two years of war and disinformation*, 24 febbraio 2024, reperibile *online*.

¹²⁶ Il considerando 6 della decisione (PESC) 2022/351, infatti, afferma che «[d]a tempo la Federazione russa attua una sistematica campagna internazionale di manipolazione dei media e di distorsione dei fatti, nell'intento di rafforzare la sua strategia di destabilizzazione dei paesi limitrofi e dell'Unione e dei suoi Stati membri. In particolare, la propaganda ha preso di mira, ripetutamente e costantemente, i partiti politici europei, soprattutto durante i periodi elettorali, la società civile, i richiedenti asilo, le minoranze etniche russe, le minoranze di genere, e il funzionamento delle istituzioni democratiche nell'Unione e nei suoi Stati membri».

¹²⁷ *Ivi*, considerando 7: «Nell'intento di giustificare e sostenere l'aggressione nei confronti dell'Ucraina, la Federazione russa porta avanti da tempo la pratica di lanciare iniziative continue e concertate di propaganda prendendo di mira la società civile dell'Unione e dei paesi limitrofi, distorcendo gravemente i fatti e manipolando la realtà».

¹²⁸ Tribunale, sentenza del 27 luglio 2022, causa T-125/22, *RT France c. Consiglio*, ECLI:EU:T:2022:483 sulla quale v. S. DE VIDO, *La sentenza del tribunale nel caso RT France c. Consiglio: la propaganda di guerra e il ruolo di imprese operanti nel settore della radiodiffusione*

to, da un lato, che il Consiglio dell'UE era competente ad adottare restrizioni per contrastare «una minaccia consistente e diretta all'ordine pubblico e alla sicurezza dell'Unione» (punto 53), in quanto «la propaganda e le campagne di disinformazione sono tali da mettere in discussione i fondamenti delle società democratiche e fanno parte integrante dell'arsenale di guerra moderna» (punto 56). Dall'altro lato, che la restrizione alla libertà di espressione disposta dalle misure citate doveva ritenersi ammissibile in quanto prevista dalla legge, rispettosa del contenuto essenziale dell'art. 11 Carta di Nizza¹²⁹, idonea a perseguire un obiettivo di interesse generale¹³⁰ e proporzionata¹³¹.

La sentenza *RT France* è particolarmente importante ai nostri fini: il Tribunale ha infatti affermato la legittimità di misure di contrasto alla disinformazione diffusa da uno Stato straniero, in quanto le attività della società ricorrente sono state ritenute un «mezzo di comunicazione posto, in sostanza, sotto lo stabile controllo» della Federazione Russa che opera con intenzioni malevoli nei confronti della società civile europea¹³².

Ora, è vero che queste attività disinformative si collocano in un contesto di guerra dichiarata, ma deve a nostro avviso destare preoccupazione il fatto che, per questa via, si possa giungere un giorno all'applicabilità di

nell'aggressione russa contro l'Ucraina, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 1076 ss.; A. MAFFEO, op. cit.; R. RUOPPO, Sanzioni individuali dell'Unione europea nel conflitto russo-ucraino e diritti fondamentali: luci ed ombre all'indomani delle prime pronunce della Corte di giustizia, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 1201 ss., spec. p. 1209 ss.; P. DUNN, Il contrasto europeo alla disinformazione nel contesto della guerra in Ucraina: riflessioni a margine del caso *RT France*, in *MediaLaws*, 1/2023, p. 291 ss.; S. POLI, Prime riflessioni sulla sentenza del Tribunale «*RT France*» sulle misure restrittive contro le attività di disinformazione russe, in *Quaderni AISDUE*, 2/2022, p. 131 ss.; V. SZÉP, R. WESSEL, Balancing restrictive measures and media freedom: *RT France v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 1383 ss.

¹²⁹ Ciò in quanto il divieto aveva carattere temporaneo e reversibile e il suo mantenimento era subordinato a due condizioni cumulative: la persistenza dell'aggressione contro l'Ucraina e le azioni di propaganda della Federazione Russa contro l'Unione e i suoi Stati membri.

¹³⁰ Cioè, tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dell'Unione minacciati dalla sistematica campagna internazionale di propaganda messa in atto dalla Federazione russa, nonché preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale.

¹³¹ Al punto 191, il Tribunale dell'UE ha sottolineato che «la ricorrente non [aveva dimostrato] che il Consiglio [avesse] commesso un errore di valutazione dei fatti nel ritenere che essa fosse un mezzo di comunicazione posto, in sostanza, sotto lo stabile controllo della leadership della Federazione russa e che essa diffondeva mediante i suoi programmi dichiarazioni continue e concertate che prendevano di mira la società civile dell'Unione, dirette a giustificare e a sostenere l'aggressione nei confronti dell'Ucraina da parte della Federazione russa, condotta in violazione del diritto internazionale e della Carta delle Nazioni Unite. Essa non [aveva dimostrato] neppure che il Consiglio [avesse] commesso un errore di valutazione qualificando tali affermazioni come iniziative di propaganda a favore di detta aggressione».

¹³² *Ibidem*.

analoghe misure restrittive in presenza delle meno gravi “minacce ibride” provenienti dall’esterno dell’UE. Anche a ritenere corretto il ragionamento svolto dal Tribunale¹³³, ci sembra che, in quest’ultimo caso, dovrebbe essere svolto un esame ancor più accurato del corretto bilanciamento tra libertà di espressione e informazione, da un lato, e contrasto alle minacce all’ordine e alla sicurezza pubblica europea, dall’altro. Detto altrimenti, più ci si allontana da situazioni che sono “sotto la luce del sole” (come purtroppo è una tradizionale guerra di aggressione), maggiore dovrebbe essere l’attenzione nell’adottare misure suscettibili di provocare pericolose censure.

7. Contrasto alla disinformazione straniera e legislazioni interne lesive della libertà di espressione e informazione e dei processi democratici

Un impatto differente, ma altrettanto negativo, sulla democrazia e sullo Stato di diritto si verifica quando il contrasto alla (vera o presunta) disinformazione derivante da ingerenze straniere rappresenta l’occasione più o meno inconfessabile per limitare la libertà di espressione e informazione e il corretto dispiegarsi dei processi democratici all’interno di uno Stato.

Secondo alcuni, il pericolo più rilevante deriverebbe proprio da misure di contrasto alla disinformazione che, per perseguire l’obiettivo dichiarato di combattere le ingerenze straniere, ottengono l’effetto (voluto o meno) di reprimere il dissenso all’interno dei confini nazionali¹³⁴. Pur in presenza delle migliori intenzioni, infatti, tali misure sono particolarmente dannose quando permettono a governi e maggioranze parlamentari di imporre la propria definizione di “verità” in relazione a questioni politiche e sociali spesso contestate e incerte, e comunque di diminuire il grado di libertà di espressione e informazione. In casi del genere, dunque, il confine tra *abuso della lotta alla disinformazione da ingerenze straniere*, diffusione di *disinformazione interna* e *censura delle voci dissenzienti* è molto sottile: i tre fenomeni procedono di pari passo, con effetti negativi sulla complessiva tenuta dell’assetto democratico dello Stato, sulla trasparenza del dibattito pubblico e sulla libertà dei media.

¹³³ Con approccio critico, soprattutto con riferimento alla possibilità che le misure restrittive *de quibus* non si limitino a contrastare la manipolazione dei fatti e la distorsione della realtà, ma impediscano di fatto anche legittime contro-narrazioni dei fatti, v. S. LATTANZI, *Su propaganda e ordine pubblico*, cit., p. 401 ss. Più in generale, v. le osservazioni critiche svolte da M. CASTELLANETA, *La disinformazione*, cit., spec. p. 342 ss. Esprimono invece apprezzamento, tra gli altri, A. MAFFEO, *op. cit.*, e S. POLI, *op. cit.*

¹³⁴ V. ad es. T. MCGONAGLE, “Fake news”: False fears or real concerns?, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017, p. 203 ss., p. 204.

Addirittura, quando autorità governative e/o maggioranze parlamentari sono divulgatrici primarie di disinformazione (interna), le strategie di difesa contro la disinformazione (straniera) – prima esaminate – risultano non solo inutili ma addirittura dannose: i quattro anni della presidenza Trump hanno dimostrato il potere tossico della disinformazione governativa anche in un Paese, come gli Stati Uniti, in cui pesi e contrappesi democratici e il principio della separazione dei poteri affondano le loro radici nel tempo.

Il fenomeno, anche in questo caso, è rilevante nell'ambiente *online* ove alcuni Paesi adottano pratiche di *repressione digitale*, consistenti nell'uso coercitivo di tecnologie digitali per controllare il dibattito pubblico che, spesso, è giustificato con la necessità di contrastare la disinformazione derivante da (non meglio precisati) Stati stranieri. Noti sono gli esempi della Corea del Nord, della Russia, dell'Iran e della Cina, i cui governi hanno da tempo predisposto strumenti interni per soffocare le voci di dissenso, accusandole di diffondere *fake news* o di essere “nemici del popolo” in associazione a un “nemico esterno”¹³⁵. Un analogo problema sta nuovamente emergendo in Georgia, ove la riproposizione di un controverso progetto di legge sulla “trasparenza dell'influenza straniera” – ispirato alla legislazione russa e già ritirato una prima volta nel marzo 2023 – sta causando grandi proteste di piazza a Tbilisi¹³⁶.

Ma fenomeni del genere possono essere rintracciati anche all'interno degli Stati dell'UE, ove sono state adottate normative dirette a colpire la diffusione di informazioni ritenute “non veritiere”¹³⁷. Il problema risiede

¹³⁵ Si pensi alle c.d. “milizie informatiche” oppure alle note “fabbriche di troll” russe, che adottano tecniche di sorveglianza digitale, monitoraggio biometrico avanzato, *backing* di Stato, ecc. La pratica del “*trolling* sponsorizzato dallo Stato”, se rivolta all'interno, consiste proprio nella creazione di contenuti *online* diretti ad attaccare l'opposizione e a screditare le voci dissenzienti. In argomento D. GŁOWACKA, R. YOUNGS, *Digital technologies as a means of repression and social control*, study requested by the EP's Subcommittee on Human Rights, aprile 2021, reperibile *online*, e S. PIVA, *op. cit.*, p. 205 ss.

¹³⁶ Secondo G. BACCINI, *In Georgia continuano da giorni le proteste organizzate e spontanee contro la legge sugli agenti stranieri*, in *Euneews*, 19 aprile 2024, reperibile *online*, la registrazione come “organizzazioni che persegue gli interessi di una potenza straniera”, sebbene leggermente diversa dalla denominazione di “agente di influenza straniera” del progetto ritirato nel marzo 2023, non cambierebbe la sostanza delle cose e, soprattutto, sarebbe obbligatoria per tutti i soggetti che ricevono più del 20% dei loro finanziamenti dall'estero. Il progetto di legge è sotto osservazione anche dell'Unione europea, visto il recente *status* della Georgia quale Paese candidato all'adesione all'UE; in particolare, il Parlamento ha espresso la propria preoccupazione nella risoluzione del 25 aprile 2024, Tentativi di reintrodurre una legge sugli agenti stranieri in Georgia e relative restrizioni alla società civile, P9_TA(2024)0381.

¹³⁷ Per approfondimenti v. J. BAYER ET AL., *The fight against disinformation*, cit., p. 40 ss.; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws*, 2/2021, p. 44 ss., spec. p. 60 ss.; e E. SHATTOCK, *Lies, liability, and lawful content: Critiquing the approaches to online disinformation in the EU*, in *Common Market Law*

nel fatto che tali norme sono in genere costruite con criteri vaghi e facilmente manipolabili, la qual cosa permette alle autorità pubbliche di esercitare sorveglianza e censura anche oltre lo scopo legittimo che perseguono. Per fare qualche esempio, si pensi alla legge ungherese del 2012 che considera la disinformazione come reato di allarmismo e minaccia di pericolo pubblico¹³⁸; alla legge francese del 2018, che tra l'altro mira a contrastare la disinformazione durante le campagne elettorali¹³⁹; alla normativa tedesca del 2020, che amplia gli obblighi a carico di tutti i media telematici che offrono regolarmente notizie o informazioni politiche¹⁴⁰; alla regolamentazione spagnola sulla prevenzione della disseminazione della disinformazione che, addirittura, colpisce anche la diffusione di parodie e di semplice misinformazione in nome della lotta alle ingerenze straniere¹⁴¹; come anche alla normativa polacca che ha dato origine alla causa *Brzeziński* davanti alla Corte EDU¹⁴².

È ben noto come, in Paesi come l'Ungheria e la Polonia (quest'ultima, prima delle elezioni del 2023), la narrazione identitaria governativa sia sfociata in vera e propria disinformazione interna. Ciò ha concorso a erodere nel tempo il livello di libertà e indipendenza dei media e ha provocato una crescente difficoltà per oppositori politici e cittadini comuni di manifestare liberamente le proprie opinioni: tutti indici di scarsa tenuta dei valori della democrazia e dello Stato di diritto. In Ungheria, questa deriva è culminata con la recente legge per la “difesa della sovranità nazionale”, approvata il 12 dicembre 2023 ed entrata in vigore il successivo 22 dicembre, che ha istituito l'Ufficio per la difesa della sovranità col dichiarato fine di indagare sulle attività interne svolte nell'interesse di altro Stato, dirette a influenzare il dibattito democratico e i processi decisionali, nel caso in cui danneggino o minaccino la sovranità nazionale¹⁴³.

Review, 2023, p. 1313 ss., p. 1316 ss.

¹³⁸ V. l'Act C del 2012 del Codice penale ungherese, alle sezioni 337 e 338.

¹³⁹ Cfr. la Loi No 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

¹⁴⁰ Medienstaatsvertrag vom 14/28 April 2020.

¹⁴¹ Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

¹⁴² Si v. la sentenza del 25 luglio 2019, ricorso n. 47542/07, *Brzezinski c. Polonia*, in cui è stata riconosciuta la violazione del diritto alla libertà di espressione compiuta dai giudici polacchi che, ritenendo disinformativi i commenti fatti dal ricorrente, candidato sindaco, in un opuscolo elettorale diffuso nella comunità locale prima delle elezioni comunali, lo avevano condannato a interromperne la diffusione e a pubblicare le proprie scuse su giornali locali: la Corte EDU, seppur dopo 12 anni dal ricorso, ha riconosciuto che detto opuscolo, lungi dall'essere disinformativo oltre che volgare o offensivo, si collocava entro i limiti di esagerazione e provocazione normalmente consentiti nel dibattito politico a livello locale.

¹⁴³ In argomento v. M. SCHULER, *Regime Defence Disguised as a Defence of Sovereignty*:

Un altro caso frequente è quello delle previsioni normative nazionali dirette a imporre alle piattaforme *online* di utilizzare i loro strumenti di moderazione e rimozione. Se queste leggi circoscrivessero in maniera puntuale e trasparente il loro ambito di applicazione, la previsione di formali ordini di rimozione non porrebbe rilevanti problemi: vero è che, in caso di contenuti “sgraditi”, le piattaforme sono più incentivate a dare che a non dare esecuzione a simili ordini nazionali¹⁴⁴, così dimostrandosi sostanzialmente acquiescenti ai governi anche nei casi “dubbi” e ottenendo un effetto c.d. di *overblocking*; ma è anche vero che ora il *Digital Services Act* permette agli utenti pregiudicati da tali ordini di opporsi in maniera più efficace¹⁴⁵.

A nostro avviso, l’aspetto davvero preoccupante risiede nella circostanza per cui le autorità nazionali talvolta ottengono la soppressione dei contenuti “sgraditi” attraverso forme di “pressione” sulle piattaforme, ad es. mediante richieste di cooperazione informale¹⁴⁶ oppure, nei casi più estremi, minacciando ritorsioni quali regolamentazioni nazionali più severe: superfluo dire che queste pratiche sollevano evidenti e gravi profili di tutela sostanziale e processuale della libertà di espressione degli utenti, i cui contenuti ritenuti in questo modo “disinformativi” vengono rimossi o il cui accesso è disabilitato.

8. Conclusioni

È ora il momento di tirare le somme del nostro discorso e illustrare alcune opzioni che potrebbero essere implementate per assicurare il contrasto alla “vera” disinformazione originata da ingerenze straniere senza, per questo, pregiudicare oltre misura l’esercizio della libertà di espressione e informazione.

In linea generale, va ribadita la necessità che tutti i soggetti coinvolti nel contrasto ai contenuti disinformativi agiscano con la massima attenzione per non compromettere in maniera indebita la suddetta libertà. La ri-

The Hungarian Defence of National Sovereignty Bill as a violation of European values, ELB Blogpost 9/2024, 5 febbraio 2024, reperibile *online*, e H. BARRETT, *The Sovereign Protection Office as the Tip of the Iceberg: Instrumentalizing Constitutionalism for Regime Preservation in Hungary*, in *VerfBlog*, 15 marzo 2024, reperibile *online*.

¹⁴⁴ Così E. SHATTOCK, *op. cit.*, p. 1323.

¹⁴⁵ Si veda quanto previsto nell’art. 9 DSA.

¹⁴⁶ Un esempio noto sono le richieste delle c.d. *Internet Referral Units* (IRU) che operano all’interno di Europol e di altre forze di polizia nazionali, le quali preferiscono segnalare alle piattaforme *online* i contenuti illegali o incompatibili attraverso canali informali: in argomento B. BOTERO ARCILA, R. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 84, ove ulteriori riferimenti.

mozione, la disabilitazione e le altre misure di contrasto sia *online* che *offline* ci sembrano ammissibili nei casi di disinformazione diffusa su larga scala, in maniera organizzata e parte di più ampie strategie di ingerenza straniera, specie nei casi di minaccia diretta e immediata al corretto svolgersi dei processi democratici interni. Ben diverso, invece, è il caso della censura di contenuti ritenuti in qualche modo falsi, al di fuori di campagne disinformative di ampio respiro e sulla base di norme costruite attorno a criteri ampi e vaghi (minaccia all'ordine pubblico, minaccia alla sicurezza nazionale, ecc.): essa ci sembra ammissibile, in altre parole, solo se disposta in maniera oculata, in quanto potrebbe comportare con estrema facilità la compressione ingiustificata della libertà di espressione e informazione, oltre alla diminuzione del livello del dibattito pubblico specie nel periodo pre-elettorale.

Per questi motivi, riteniamo che l'azione europea dovrebbe essere rivolta *nell'immediato* all'individuazione accurata dei comportamenti disinformativi coordinati e strategici, partendo dall'analisi degli "indicatori-spia" (diffusione rapida e massiccia di post per il tramite di account falsi, utilizzo di sistemi automatizzati, ecc.) invece che da un esame di carattere meramente contenutistico. Si tratta, in sintesi, di rafforzare l'approccio FIMI, anche per la maggiore semplicità di individuare i contenuti disinformativi davvero pericolosi attraverso il "mezzo" con cui vengono diffusi su larga scala. Ciò però significa anche che si dovrebbe rendere più efficace l'attività della divisione *StratCom* del SEAE, oltre che prevedere un incremento delle sue risorse¹⁴⁷.

Individuati i comportamenti coordinati e strategici, dovrebbero essere applicate pienamente le norme di trasparenza e responsabilità del *Digital Services Act*, che permettono alla Commissione di esercitare sulle piattaforme molto grandi un controllo più capillare soprattutto quando l'integrazione tra il DSA e il Codice rafforzato del 2022 sarà pienamente operativa¹⁴⁸. Ci si aspetta molto dalle attività delle organizzazioni indipendenti di *fact-checking*¹⁴⁹, dall'azione di demonetizzazione dei contenuti di-

¹⁴⁷ Come evidenziato anche dalla Corte dei conti europea nella citata relazione speciale 9/2021, p. 20 ss.

¹⁴⁸ Il DSA è definitivamente applicabile a tutte le piattaforme a partire dal 17 febbraio 2024 ma, al momento in cui si scrive, alcuni meccanismi anche importanti devono ancora entrare a regime: v. L. ZORLONI, *Mancano ancora un sacco di pezzi perché le nuove regole europee sul digitale funzionino*, in *Wired*, 19 febbraio 2024, reperibile *online*.

¹⁴⁹ In proposito, un'analisi dettagliata del citato EFCSN, condotta alla luce del Codice rafforzato del 2022, ha recentemente rilevato che gran parte dei principali VLOPs e VLOSEs sono lontani dall'attuazione delle misure a cui si sono impegnate e che, in taluni casi, forniscono una rappresentazione ingannevole delle proprie politiche per far sembrare che stiano rispettando gli impegni: v. EFCSN, *Fact-checking and related Risk-Mitigation Measures for Disinformation in the*

sinformativi¹⁵⁰ nonché dalla regolamentazione del *microtargeting* politico. Molto potrà essere fatto anche con le misure di attenuazione che le piattaforme dovranno adottare *ex art.* 35 DSA per mitigare i rischi sistemici, compresa la disinformazione, sui loro servizi.

Nel *medio e lungo periodo*, invece, dovrebbero essere affrontate con decisione *cause ed effetti strutturali della disinformazione* attraverso azioni “a monte” (es. richieste di modifica degli algoritmi di raccomandazione delle piattaforme molto grandi, che tollerano e spesso incoraggiano la diffusione della disinformazione) e “a valle” (es. aumento delle azioni di alfabetizzazione mediatica¹⁵¹; supporto finanziario ai media tradizionali per assicurare un’informazione di qualità; trasparenza sulla proprietà dei media, ecc.), anche sulla base di una conoscenza più approfondita delle modalità di funzionamento di VLOPs e VLOSEs grazie alle norme sull’accesso ai dati da parte dei ricercatori¹⁵². A tale ultimo proposito, si registra la deprecabile decisione da parte di Meta di chiudere, a partire dall’agosto 2024, la piattaforma *CrowdTangle*, importante strumento di monitoraggio dei *social media* che sinora ha permesso a giornalisti e ricercatori di rilevare la diffusione della disinformazione¹⁵³, decisione in merito alla quale la Commissione ha aperto un procedimento formale¹⁵⁴.

Very Large Online Platforms and Search Engines, gennaio 2024, reperibile *online*.

¹⁵⁰ Attualmente prevista in maniera volontaria nel Codice rafforzato del 2022.

¹⁵¹ La cui reale efficacia, tuttavia, è ancora oggetto di riflessione: secondo un recente studio di K. ASLETT ET AL., *Online searches to evaluate misinformation can increase its perceived veracity*, in *Nature*, 20 December 2023, reperibile *online*, le ricerche *online* dirette a verificare i contenuti disinformativi aumenterebbero, invece di diminuire, la probabilità di crederci. Inoltre, come ricorda M. Scott, *Governments’ 3-Point Plan For Disinformation*, in *Politico Digital Bridge*, 21 marzo 2024, reperibile *online*, qualunque azione di alfabetizzazione e trasparenza non potrà intaccare quel nucleo (minoritario) di utenti di Internet sofisticati, tecnicamente alfabetizzati e politicamente consapevoli che credono che qualsiasi forma di regolamentazione dei contenuti *online* sia una lesione dei loro diritti fondamentali.

¹⁵² L’art. 40 DSA stabilisce che VLOPs e VLOSEs, su richiesta delle autorità nazionali, forniscano «l’accesso ai dati ai ricercatori abilitati che soddisfano [determinati] requisiti (...) al solo scopo di condurre ricerche che contribuiscano al rilevamento, all’individuazione e alla comprensione dei rischi sistemici nell’Unione (...) così come per la valutazione dell’adeguatezza, dell’efficienza e degli impatti delle misure di attenuazione dei rischi (...)».

¹⁵³ V. ELLIOTT, *Meta Kills a Crucial Transparency Tool At the Worst Possible Time*, in *Wired*, 25 marzo 2024, reperibile *online*.

¹⁵⁴ Comunicato stampa del 30 aprile 2024, IP/24/2373. Per la Commissione, l’annunciata chiusura di *CrowdTangle*, senza un’adeguata sostituzione, è indice del fatto che Meta «non abbia valutato diligentemente e attenuato adeguatamente i rischi connessi agli effetti di Facebook e Instagram sul dibattito civico e sui processi elettorali e altri rischi sistemici».

A questa complessiva azione di contrasto alla disinformazione derivante da ingerenze straniere vanno però affiancate, come detto, vecchie e nuove tutele per la libertà di espressione e informazione, al fine di impedire l'attività censoria ingiustificata di governi e maggioranze parlamentari, oltre che naturalmente delle piattaforme *online*.

In proposito, sarebbe opportuno adottare una definizione più stringente di "contenuto disinformativo", che possa colpire le campagne organizzate all'interno o all'esterno degli Stati membri dell'UE, soprattutto quelle originate da ingerenze straniere, senza per questo pregiudicare la libertà di espressione dei singoli e degli oppositori politici. Ad es., si potrebbe implementare nella definizione un riferimento all'approccio FIMI¹⁵⁵, oppure escludere in maniera espressa i contenuti contro-informativi tipici dell'opposizione politica¹⁵⁶, come anche inserire un esplicito riferimento ai contenuti che hanno un impatto negativo su scelte di voto e processi elettorali¹⁵⁷.

Soprattutto, si dovrebbe evitare che, nella definizione di disinformazione, si facciano riferimenti per rinvio alle normative nazionali che, come detto, contengono criteri vaghi e idonei ad aumentare il rischio di censure ingiustificate. In proposito, si potrebbe valutare una modifica dell'art. 3, lett. h), DSA che considera "contenuti illegali" anche le informazioni non conformi al diritto degli Stati membri¹⁵⁸: non vi è chi non veda come ciò presti il fianco ad abusi delle autorità nazionali, che potrebbero considerare "illegali perché disinformativi" anche i contenuti diffusi da oppositori politici o comunque soggetti non graditi e, per questa via, attivare tutti gli strumenti di moderazione e rimozione del DSA.

A proposito di quanto detto, però, desta preoccupazione il fatto che, nel "grande anno elettorale" del 2024, i *social network* riconducibili a Meta stiano procedendo nel senso di limitare di default la raccomandazione algoritmica dei "contenuti politici" che gli utenti non seguono volontariamente. Simile prassi, se a prima vista può sembrare positiva nella misura in cui evita la visualizzazione di messaggi non richiesti, risulta in realtà lesiva della libertà di espressione e informazione in quanto adotta una definizione

¹⁵⁵ Che tenga conto, cioè, della manipolazione e delle condotte coordinate nella diffusione dei contenuti disinformativi.

¹⁵⁶ Ad es., si potrebbe immaginare l'esclusione dalla nozione di disinformazione dei contenuti contro-informativi diffusi all'interno di uno Stato da parte di partiti politici di minoranza o di organizzazioni della società civile, soprattutto in periodo pre-elettorale, con possibilità di verifica da parte di organismi realmente indipendenti dell'autenticità dei profili che diffondono simili contenuti e dell'assenza di fonti di finanziamento estere o comunque di dubbia provenienza.

¹⁵⁷ Così v. E. SHATTOCK, *op. cit.*, p. 1345.

¹⁵⁸ Sull'ulteriore difficoltà di individuare quale sia il diritto nazionale applicabile, v. F.K. MAURITZ, *To Define Is Just to Define. Illegal content according to Article 3 lit. b DSA and the conflict of laws*, in *VerfBlog*, 8 aprile 2024, reperibile *online*.

troppo ampia di “contenuto politico”¹⁵⁹, che esclude in ipotesi la visualizzazione di qualunque argomento “sociale”¹⁶⁰.

Sempre con riferimento al DSA, si dovrebbe non solo vietare in maniera espressa il ricorso a richieste di cooperazione informale o altri strumenti di pressione più o meno leciti sulle piattaforme *online*, affinché tutto passi attraverso i canali formali con garanzie altrettanto formali¹⁶¹, ma anche limitare quanto più possibile l'utilizzo del descritto meccanismo di risposta alle crisi che lascerebbe alla Commissione la facoltà di restringere, anche involontariamente, la libertà di espressione degli utenti ponendo la relativa responsabilità in capo alle piattaforme.

Per altro verso, sarà necessario che la Commissione controlli accuratamente l'attuazione delle misure di attenuazione dei rischi sistemici da parte di VLOPs e VLOSEs, per far sì che tali misure siano davvero «ragionevoli, proporzionate ed efficaci (...) prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali», ivi compresa quindi la libertà di espressione e informazione, evitando il rischio – purtroppo concreto – di *overblocking*¹⁶². Sotto questo profilo, importanti sono i recenti orientamenti dell'aprile 2024 rivolti all'attenuazione dei rischi sistemici per l'integrità dei processi elettorali¹⁶³, i quali, integrandosi col complesso normativo sinora esaminato, riconoscono che i servizi offerti da VLOPs e VLOSEs «comportano rischi di effetti negativi, attuali o prevedibili, per i processi elettorali» nazionali ed europeo. Gli orientamenti evidenziano l'opportunità per piattaforme e motori di ricerca molto grandi di rafforzare i processi interni¹⁶⁴, introdurre misure di attenuazione dei rischi per i processi elettorali¹⁶⁵

¹⁵⁹ Secondo quanto affermato nell'apposita sezione del *social network* Instagram, «i contenuti di natura politica potrebbero menzionare governi, elezioni o argomenti sociali che interessano un gruppo di persone e/o la società in generale».

¹⁶⁰ Es. il cambiamento climatico, la prevenzione della violenza armata, la giustizia razziale, i diritti LGBTQ e dei disabili, la libertà riproduttiva, ecc. Cfr. L. GARFIELD, *Meta's New Default Limits on "Political Content" Weaken Free Expression Online*, in *TechPolicy.press*, 22 aprile 2024, reperibile *online*.

¹⁶¹ Quali ad es. quelle di prevedere un sistema interno di gestione dei reclami (art. 20 DSA) e di far sì che gli utenti possano rivolgersi a un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 21 DSA).

¹⁶² In senso fortemente dubitativo sul concreto rispetto del principio di proporzionalità nella predisposizione delle misure di attenuazione, v. PALUMBO, J. PIEMONTE, *op. cit.*, ove approfondimenti.

¹⁶³ Comunicazione della Commissione, del 26 aprile 2024, Orientamenti della Commissione per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi sull'attenuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali a norma dell'articolo 35, paragrafo 3, del regolamento (UE) 2022/2065.

¹⁶⁴ In specie tenendo presente i rischi specifici per il contesto locale e le informazioni specifiche per Stato membro a livello nazionale, regionale e/o locale, le analisi indipendenti dello

(in particolare, per quanto ci interessa, misure per ridurre l'impatto della disinformazione; per limitare la diffusione dei contenuti ingannevoli, falsi o fuorvianti generati dall'IA; per demonetizzare i contenuti disinformativi; e in generale per tutelare il diritto alla libertà di espressione e d'informazione), adottare specifiche misure per contrastare i contenuti sintetici non autentici, distorti e fuorvianti prodotti dai sistemi di IA generativa (quali i *deepfakes*, la cui pericolosità è ben presente alle autorità europee e nazionali)¹⁶⁶, prestare particolare attenzione ai rischi che possono esercitare un impatto significativo sull'esito delle elezioni o sull'affluenza alle urne, effettuare il riesame post-elettorale dell'efficacia delle misure adottate, e adottare specifiche misure per le elezioni del Parlamento europeo¹⁶⁷.

Dal canto loro, le autorità nazionali dovranno controllare che tutti i prestatori di servizi digitali, comprese le piattaforme *online*, agiscano *ex art. 14 DSA* in maniera diligente, obiettiva e proporzionata nell'applicare e far rispettare le restrizioni stabilite nei loro termini e condizioni di servizio

stato della libertà e del pluralismo dei media, nonché la possibilità di istituire, prima di ogni singolo periodo elettorale, una squadra interna dedicata chiaramente identificabile (si noti che alcune piattaforme, come TikTok e Meta, hanno creato al loro interno dei "centri elettorali" contro la disinformazione). La Commissione suggerisce di introdurre e rendere operative tali misure con un anticipo tra uno e sei mesi rispetto al periodo elettorale, e di protrarre tali misure per almeno un mese dopo le elezioni.

¹⁶⁵ Quali l'accesso alle informazioni ufficiali sul processo elettorale; le iniziative di alfabetizzazione mediatica; le misure tese a fornire agli utenti informazioni più contestuali sui contenuti e sugli account con cui interagiscono; una migliore progettazione dei sistemi di raccomandazione; una migliore gestione della pubblicità politica; la gestione degli influencer; procedure adeguate per identificare le manipolazioni dei loro servizi e sventarle; il libero accesso da parte di terzi ai dati per studiare i rischi connessi ai processi elettorali.

¹⁶⁶ In occasione della Conferenza sulla sicurezza di Monaco del febbraio 2024, le principali piattaforme hanno firmato un accordo rivolto alla creazione di un quadro comune per rispondere ai *deepfake* generati dall'intelligenza artificiale in occasione delle tornate elettorali mondiali del 2024: cfr. il documento *Technology Industry to Combat Deceptive Use Of AI in 2024 Elections*, del 16 febbraio 2024, reperibile *online*. V. anche T. CANETTA, *Prebunking AI-generated disinformation ahead of EU elections*, in *EDMO*, 27 marzo 2024, reperibile *online*.

¹⁶⁷ Per alcune considerazioni critiche sulla bozza di questi orientamenti, v. A. PEUKERT, *Risky Recommendations: The European Commission Recommends Big Tech Measures to Mitigate "Systemic Risks" for Electoral Processes*, in *VerfBlog*, 28 febbraio 2024, reperibile *online*. Anche alla luce degli orientamenti appena ricordati, la Commissione ha aperto il citato procedimento formale nei confronti di Meta per l'annunciata chiusura di *CrowdTangle* (*ante*, nota 154). La Commissione ha anche condotto uno *stress test* per verificare la prontezza di VLOPs e VLOSEs contro la manipolazione delle elezioni e le interferenze in relazione alle elezioni europee: v. il comunicato stampa del 24 aprile 2024, *Prontezza elettorale delle piattaforme di prove di stress della Commissione ai sensi della legge sui servizi digitali*, reperibile *online*. In generale v. anche E. BRESSANELLI, S. BERNARDI, *Resilience of Democracy and European Elections against New Challenges, study requested by the EP's LIBE Committee*, aprile 2024, reperibile *online*.

«tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali dei destinatari del servizio, quali la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei media (...)»¹⁶⁸.

L'abuso degli strumenti di contrasto alla disinformazione straniera, inoltre, può essere limitato con gli strumenti esistenti e in procinto di essere adottati a livello europeo, quali ad es. quelli per assicurare il rispetto della *rule of law*¹⁶⁹, la regolamentazione del *microtargeting* politico, una maggiore trasparenza del finanziamento pubblico e privato dei partiti politici e dei media, come anche quelli rivolti al monitoraggio del corretto svolgimento delle elezioni.

Opportune ci sembrano alcune previsioni del nuovo regolamento EMFA con riguardo alle piattaforme *online* molto grandi e alla pubblicità di Stato. Quanto alle prime, l'art. 18 prevede una tutela rafforzata avverso la rimozione (o la limitazione della visualizzazione) ingiustificata di contenuti prodotti dai media secondo gli standard professionali anche se ritenuti disinformativi: qualora intendano rimuovere o limitare la visualizzazione di contenuti mediatici leciti, considerati però contrari alle loro condizioni di servizio, e salve alcune eccezioni, le piattaforme dovranno comunicarne i motivi ai media interessati prima che la decisione abbia effetto. I reclami presentati entro 24 ore¹⁷⁰ saranno esaminati internamente dalle piattaforme nonché, se ciò si riveli non sufficiente, nel quadro dei meccanismi di mediazione o risoluzione stragiudiziale delle controversie. Così costruita, la disposizione ci pare opportuna quanto meno per limitare la rimozione improvvisa di contenuti da parte delle piattaforme a seguito di "pressioni" governative come quelle prima ricordate.

In secondo luogo, l'art. 25 EMFA prevede che autorità o enti pubblici nazionali allochino fondi pubblici o altri emolumenti ai media secondo criteri trasparenti, oggettivi, proporzionati e non discriminatori, e che «la spesa pubblica annuale complessiva allocata per la pubblicità statale sia distribuita a un'ampia pluralità di fornitori di servizi di media rappresentati sul mercato»; inoltre, i medesimi soggetti dovranno mettere a disposizione del pubblico, con mezzi elettronici e di facile utilizzo, informazioni annuali sulle spese pubblicitarie dello Stato, mentre un compito di vigilanza viene attribuito a organismi nazionali indipendenti. Con queste norme, dovrebbe risultare più semplice controllare che i fondi pubblici non siano la contro-

¹⁶⁸ *Ibidem.* V. anche E. SHATTOCK, *op. cit.*, p. 1324 s.

¹⁶⁹ In particolare, andrebbe verificato che la decretazione dello stato di emergenza sia trasparente, proporzionata e soprattutto limitata nel tempo.

¹⁷⁰ In presenza di rischi sistemici ai sensi del DSA, invece, il reclamo potrebbe dover essere presentato in tempi più brevi.

prestazione per la soppressione di informazioni o per la diffusione di “disinformazione governativa”.

Infine, merita sottolineare il futuro impatto positivo che potrebbe avere la proposta di direttiva presentata nel quadro del pacchetto per la difesa della democrazia nel dicembre 2023, diretta a introdurre requisiti armonizzati sulla trasparenza della rappresentanza d’interessi stranieri¹⁷¹. Una volta approvata e recepita, essa dovrebbe essere in grado di impedire l’adozione o il mantenimento in vigore delle normative nazionali – come la ricordata legge ungherese per la “difesa della sovranità nazionale” – che dispongono un livello di trasparenza maggiore o minore a carico dei soggetti interessati, con conseguenze positive anche in ordine alla tutela della libertà di espressione e informazione di questi soggetti¹⁷².

Le soluzioni possibili sono tante, e qui ne abbiamo evidenziate alcune, ma quello che ci sentiamo di sottolineare è non solo la complessità del tema del contrasto alla disinformazione originata da ingerenze straniere, che non può essere liquidato semplicemente dicendo che si è a favore o contro, ma anche la difficoltà di individuare soluzioni operative soprattutto *online* che assicurino la tutela da pericolose ingerenze straniere senza comprimere indebitamente la libertà di espressione e informazione. Sarà probabilmente necessario del tempo perché si sviluppi un’adeguata prassi amministrativa e un *corpus* giurisprudenziale che guidi le autorità, le piattaforme *online* e gli utenti verso un approccio bilanciato al tema, cosa peraltro non inusuale in presenza di una regolamentazione inedita come quella del DSA.

Per concludere, le elezioni europee del 2024 rappresenteranno un significativo banco di prova della complessiva tenuta del sistema europeo di contrasto alla disinformazione, che vedrà coinvolte autorità nazionali ed europee¹⁷³, le principali piattaforme *online*¹⁷⁴ e le famiglie politiche euro-

¹⁷¹ Proposta COM(2023) 637 final.

¹⁷² Del resto, non è un caso che la Commissione europea abbia avviato, nel febbraio 2024, una procedura di infrazione contro l’Ungheria per la legge del dicembre 2023 rilevando, tra l’altro, la sua contrarietà con la libertà di espressione e informazione. In argomento v. M. SCHULER, *Op-Ed: “A vague response to a vague law: The Commission’s infringement procedure against Hungary’s Defence of Sovereignty Bill”*, in *EU Law Live*, 16 febbraio 2024, reperibile *online*, e S. WHEATON, *Commission takes on Budapest’s ‘sovereignty’ law*, in *Politico*, 7 febbraio 2024, reperibile *online*. La legge ungherese del dicembre 2023 è stata anche oggetto di condanna da parte del Parlamento europeo nella risoluzione del 24 aprile 2024, Audizioni in corso a norma dell’articolo 7, paragrafo 1, TUE riguardanti l’Ungheria per rafforzare lo Stato di diritto, e relative implicazioni di bilancio, P9_TA(2024)0367.

¹⁷³ Si noti che il Consiglio europeo del 17 e 18 aprile 2024, doc. EUCO 12/24, «[n]el contesto delle prossime elezioni europee, [ha sottolineato] la determinazione dell’Unione e dei suoi Stati membri a monitorare attentamente e contenere qualsiasi rischio derivante dalla disinformazione, anche attraverso l’intelligenza artificiale, nonché dalla manipolazione delle informazioni e

pee¹⁷⁵ nel contrasto alle pericolose attività di ingerenza da parte di alcuni Stati stranieri (come la Russia)¹⁷⁶ nei processi elettorali europei.

ABSTRACT

The contrast to disinformation originating from foreign interference in the European Union

This paper examines the phenomenon of disinformation which originates from foreign interference in the European Union (EU), a significant threat to the integrity of European democracy and the rule of law. The analysis explores the complex relationship between protecting freedom of expression and combating disinformation, highlighting the fine line between legitimate discourse and harmful manipulation. The paper delves into the EU's efforts to counter disinformation, particularly in the online environment, focusing on regulatory measures and volun-

dalle ingerenze da parte di attori stranieri nei processi elettorali», invitando «le istituzioni dell'UE e le autorità nazionali a cooperare su tali questioni». Il 24 aprile 2024, la Presidenza belga del Consiglio dell'UE ha attivato i dispositivi integrati per la risposta politica alle crisi (IPCR) in modalità “scambio di informazioni” in considerazione delle ingerenze straniere nelle elezioni europee: ciò permetterà una migliore comunicazione tra Istituzioni europee e Stati membri veicolata attraverso una piattaforma che riunirà tutte le informazioni pertinenti e tutte le azioni in corso, finalizzata a sostenere la preparazione e una risposta rapida e coordinata a livello europeo (comunicato stampa del 24 aprile 2024, n. 336/24).

¹⁷⁴ Si v. quanto detto *ante* in questo par. sugli orientamenti dell'aprile 2024 sull'attenuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali.

¹⁷⁵ Le quali, firmando il *Code of Conduct for the 2024 European Parliament Elections*, hanno riconosciuto che «[d]isinformation and manipulated content threaten free and fair elections» e si sono impegnate «to the principles of truth and accuracy in their communication strategies and to countering mis- and disinformation in elections»: v. il comunicato stampa del 9 aprile 2024, IP/24/1867.

¹⁷⁶ Pericolosità riconosciuta ancora una volta dalla risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 2024, *Russiagate: le accuse di interferenza russa nei processi democratici dell'Unione europea*, P9_TA(2024)0079. Questa risoluzione, peraltro, ha anticipato l'ultimo scandalo che ha colpito l'Istituzione rappresentativa dei cittadini europei, avendo i servizi segreti belgi e cechi nel marzo 2024 smascherato il portale di notizie *Voice of Europe*, accusato di aver corrotto alcuni europarlamentari per diffondere propaganda russa. Ciò ha portato il Parlamento europeo ad approvare l'ulteriore risoluzione del 25 aprile 2024, *Nuove accuse di ingerenze russe al Parlamento europeo e nelle prossime elezioni europee e l'impatto sull'Unione*, P9_TA(2024)0380. V. tra gli altri P. HAECK, *Russian propaganda network paid MEPs, Belgian PM says*, in *Politico*, 28 marzo 2024, reperibile *online*; N. VINOCUR, P. HAECK, E. WAX, *Russian influence scandal rocks EU*, *ivi*, 29 marzo 2024; e D. PUENTE, *La storia del portale Voice of Europe gestito dalla Russia e le accuse di corruzione dei politici europei*, in *Open*, 29 marzo 2024, reperibile *online*.

tary codes of conduct aimed at platforms and social networks. It also examines the impact of foreign interference on traditional media and the legal framework governing political advertising. The paper concludes by discussing the challenges faced by the EU in balancing the fight against disinformation with the preservation of fundamental rights and democratic values.

GLI STRUMENTI DI GARANZIA DELLO STATO DI DIRITTO E DEI VALORI DELL'UNIONE EUROPEA TRA POLITICA E DIRITTO

*Paola Mori**

SOMMARIO: 1. Le procedure di garanzia dei valori fondamentali comuni. – 2. Gli strumenti di natura politica e finanziaria. – 3. Le procedure giurisdizionali. – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sui valori fondamentali comuni. – 5. Le procedure di infrazione riguardanti lo Stato di diritto. – 6. Il ruolo della procedura pregiudiziale nella tutela dei diritti e nelle dinamiche infraordinamentali. – 7. Alcune considerazioni conclusive sul ruolo della Corte di giustizia

1. Le procedure di garanzia dei valori fondamentali comuni

Dal primo decennio di questo secolo, quando sono emersi problemi di violazioni sistematiche dei valori e dei principi fondamentali comuni sanciti nell'art. 2 TUE, a oggi si è verificata una significativa evoluzione negli strumenti europei di prevenzione, controllo e sanzione delle loro violazioni. Va detto, però, che tale evoluzione ha marciato in parallelo alla contemporanea involuzione democratica che sta colpendo alcuni Stati membri e che, anche in conseguenza della pandemia di COVID.19 e dell'aggressione russa all'Ucraina, rischia di diffondersi in altri Stati membri, sia pure con gravità e caratteri non omogenei.

A garanzia dei valori fondamentali comuni i Trattati istitutivi hanno predisposto strumenti di natura politica accanto altri di natura giurisdizionale. Tra i primi viene in considerazione la procedura di cui all'art. 7 TUE la quale si svolge interamente davanti alle istituzioni politiche¹. Tuttavia, le

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ L'art. 7, par. 1, TUE prevede che la prima fase della procedura venga attivata su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione. Il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, potrà constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2 TUE. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura.

Qualora permangano o si aggravino i motivi che hanno portato a tale constatazione, è poi previsto che il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento euro-

difficoltà che notoriamente ne accompagnano l'applicazione, hanno indotto le istituzioni a ricercare, a Trattati invariati, ulteriori strumenti di prevenzione, controllo e sanzione.

Nel contempo, a livello giurisdizionale, la procedura di infrazione di cui agli articoli 258-260 ha assunto un ruolo sempre più rilevante, non solo per il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali ma anche dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE, consentendo l'accertamento della loro violazione da parte degli Stati membri. E, sebbene non direttamente finalizzata all'accertamento del mancato rispetto del diritto dell'Unione, anche la procedura di rinvio pregiudiziale, di cui all'art. 267 TFUE, ha svolto un importante ruolo di garanzia.

Nel corso degli anni queste procedure sono state affiancate da alcuni meccanismi complementari di varia natura o hanno comunque avuto un'applicazione innovativa.

2. *Gli strumenti di natura politica e finanziaria*

Come è noto la procedura prevista dall'art. 7 TUE per le violazioni gravi dei valori di cui all'art. 2 TUE non è mai stata portata a conclusione. Sono state soprattutto le difficoltà applicative della disposizione, legate alle complessità procedurali e alle soglie di voto particolarmente elevate richieste, al suo essere totalmente condizionato dalle valutazioni politiche delle istituzioni europee, ma soprattutto e in ultima analisi degli Stati membri, a renderne di fatto impossibile l'applicazione. La procedura solleva infatti

peo, e dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni, possa constatare l'esistenza di «una violazione grave e persistente» da parte di uno Stato membro di quegli stessi valori. A seguito di tale constatazione il Consiglio, a maggioranza qualificata, potrà decidere di adottare misure sanzionatorie nei confronti dello Stato censurato. In particolare, l'art. 7, par. 3, TUE prevede che il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, possa decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei Trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche.

Gli atti assunti sulla base dell'art. 7 TUE, avendo natura eminentemente politica, non sono suscettibili di sindacato giurisdizionale altro che «per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo» (art. 269 TFUE). In argomento v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 47 ss.; B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 192 ss.; U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 41 s.

dinamiche politiche tali da rendere estremamente improbabile l'adozione di una qualsivoglia misura².

Ne è testimonianza la recente esperienza riguardante i casi della Polonia e dell'Ungheria. Nei confronti della Polonia la Commissione ha infatti deciso di attivare la procedura dell'art. 7, par. 1, TUE in conseguenza della gravissima crisi costituzionale venutasi a creare a seguito delle riforme del sistema giurisdizionale introdotte dal Governo uscito dalle elezioni politiche del 25 ottobre 2015 e guidato dal partito conservatore Prawo i Sprawiedliwość (PiS), Diritto e giustizia³. Pochi mesi dopo il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione contenente l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione in considerazione delle riforme che attentano al sistema costituzionale e a quello elettorale, così come alle libertà fondamentali⁴.

Tuttavia, a ormai distanza di parecchi anni dalla proposta, e nonostante i richiami del Parlamento europeo, il Consiglio non è mai andato oltre le fasi iniziali di audizione dei governi interessati e non ha adottato le raccomandazioni di cui al primo comma dell'art. 7 TUE⁵.

² V. P. MORI, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione europea*, Roma, 23 maggio 2015, Torino, 2016, pp. 199-209; B. NASCIMBENE, *La violation grave des obligations découlant du Traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 672 ss., nonché, per un quadro complessivo della tematica, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, p. 230 ss.

³ Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, 20 dicembre 2017 (COM(2017)835).

⁴ Risoluzione del PE su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (GUUE C 433, 23 dicembre 2019, p. 66). In particolare il PE ha espresso preoccupazioni sull'indipendenza della magistratura e di altre istituzioni e i diritti dei giudici; sul funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale; sulla corruzione e i conflitti di interesse; sulla tutela della vita privata e la protezione dei dati; sulla libertà di espressione; sulla libertà accademica; sulla libertà di religione; sulla libertà di associazione; sul diritto alla parità di trattamento; sui diritti appartenenti alle minoranze, compresi i rom e gli ebrei, e sulla protezione dalle dichiarazioni di odio contro tali minoranze; sui diritti fondamentali dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati; sui diritti economici e sociali.

⁵ V. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 8/2020; V. L. PECH, *From "Nuclear Option" to Damp Squib? A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date*, in *Verfassungsblog*, 13 Nov 2019.

In questo contesto le istituzioni politiche hanno messo a punto una serie di strumenti di prevenzione e monitoraggio, rivolti a promuovere la cultura dello Stato di diritto, a prevenire l'emergere o l'accentuarsi di problemi relativi allo Stato di diritto, a individuare il modo migliore per reagire collettivamente in modo efficace in presenza di problemi significativi.

Tra gli strumenti a carattere "soft", adottati dalla Commissione nel quadro dei poteri conferitile dall'art. 17 TUE, si può ricordare il Nuovo quadro sullo Stato di diritto, istituito nel 2014 in funzione preventiva rispetto alla procedura dell'art. 7 TUE, e che è stato utilizzato, senza però ottenere grandi risultati, con la Polonia⁶.

Nel 2019 la Commissione ha poi introdotto il Meccanismo europeo per lo Stato di diritto finalizzato all'adozione della Relazione annuale sullo Stato di diritto⁷. All'esito del dialogo che si svolge a vari livelli sia negli Stati membri, coinvolgendo i parlamenti nazionali e la società civile, sia in ambito istituzionale europeo, nel Parlamento europeo e nel Consiglio, la Relazione si conclude con l'adozione da parte della Commissione di raccomandazioni specifiche per ogni Stato membro allo scopo di indirizzarli verso l'adozione delle misure e delle riforme necessarie a risolvere le criticità rilevate nella relazione.

Quattro gli aspetti su cui si concentra la valutazione della Commissione: l'indipendenza, la qualità e l'efficienza dei sistemi giudiziari degli Stati membri; la disciplina anticorruzione; la libertà e il pluralismo dei media; le questioni istituzionali relative al bilanciamento dei poteri statali, e cioè la qualità e inclusività del processo legislativo nazionale, il ruolo delle corti costituzionali e delle autorità indipendenti nazionali, delle istituzioni nazionali per i diritti umani e delle organizzazioni della società civile.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM/2014/0158 final. Sul caso v. C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca*, in *federalismi.it*, n.12/2016; N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss.; A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I CANOR, M.H. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *A Constitutional Moment for the European Rule of Law - Upcoming Landmark Decisions Concerning the Polish Judiciary*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*, Research Paper No. 2018-10; P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *federalismi.it*, n. 25/2016.

⁷ Cfr. COM(2019) 163 final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione: il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, e COM(2019) 343 final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione: Programma d'azione*.

Sebbene non vincolanti tali raccomandazioni hanno riflesso diretto su altri strumenti maggiormente impegnativi sotto il profilo finanziario⁸. Nel quadro della governance economica, il ciclo del semestre europeo può infatti portare all'adozione di raccomandazioni specifiche per paese su questioni macroeconomiche e strutturali rispetto alle quali si rendono necessarie riforme riguardanti i sistemi giudiziari, la lotta alla corruzione, la riforma della pubblica amministrazione. Anche il dispositivo per la ripresa e resilienza⁹ comporta che, per garantire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e l'istituzione di sistemi di controllo adeguati, i piani nazionali per la ripresa e la resilienza prevedano misure direttamente connesse a questioni relative allo Stato di diritto (traguardi e obiettivi), il cui conseguimento soddisfacente è necessario per sbloccare i pagamenti a titolo del dispositivo per la ripresa e la resilienza¹⁰.

Inoltre, all'esito del negoziato sul piano finanziario pluriennale 2021-2027 sono stati previsti ulteriori, più specifici, strumenti di condizionalità finanziaria. Per la protezione del bilancio europeo in caso di violazioni dei principi dello Stato di diritto negli Stati membri è stato infatti adottato il

⁸ Da ultimo v., Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione sullo Stato di diritto 2023*, COM(2023) 800 final. In argomento v. M. FISICARO, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, in *European Papers*, vol. 7, n. 2, 2022, p. 697 ss.

⁹ Regolamento (EU) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

¹⁰ Con la decisione di esecuzione (UE) (ST 9728/22 INIT; ST 9728/22 ADD 1), del 17 giugno 2022, il Consiglio ha approvato la valutazione positiva da parte della Commissione del piano per la ripresa e la resilienza della Polonia. Tra i traguardi da raggiungere prima dell'erogazione dei pagamenti nell'ambito del dispositivo la decisione indica una riforma del sistema giudiziario che rafforzi l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali, specificando che «la Polonia dovrebbe rispettare tali traguardi prima della presentazione della prima richiesta di pagamento e nessun pagamento nell'ambito del dispositivo può essere effettuato prima di averli conseguiti». Il Parlamento europeo, considerato che «in Polonia la situazione dello Stato di diritto è peggiorata e l'indipendenza della magistratura continua a destare serie preoccupazioni, come risulta anche da diverse sentenze della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo», ha però criticato, ad ampia maggioranza, la decisione (Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sullo Stato di diritto e la potenziale approvazione del piano nazionale di ripresa (PNR) polacco (2022/2703(RSP)). Nonostante la situazione dello Stato di diritto in Ungheria presenti forti criticità, anche il PNRR ungherese è stato approvato (decisione di esecuzione (UE) (ST 15447/22 INIT; ST 15447/22 ADD 1) del Consiglio, del 15 dicembre 2022, relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Ungheria) con l'impegno di raggiungere 27 super-obiettivi per garantire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro abusi sullo Stato di diritto.

regolamento 2020/2092¹¹, il quale introduce un regime generale di condizionalità allo scopo di assicurare una reazione efficace contro violazioni sistemiche dello Stato di diritto¹².

A questo, nel 2021, è stato poi affiancato il regolamento sulle disposizioni comuni (CPR), il quale pone una serie di condizioni abilitanti applicabili agli otto Fondi europei sottoposti a regime di gestione concorrente, tra le quali assume particolare rilievo quella prevista dall'art. 9 in forza della quale la concessione dei fondi delle politiche di coesione è condizionata al «... rispetto dei diritti fondamentali e la conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»¹³.

¹¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Come è noto l'adozione del regolamento ha avuto un percorso accidentato a causa, prima, dell'opposizione della Polonia e dell'Ungheria le quali, allo scopo di impedirne l'approvazione, hanno boicottato l'intero negoziato finanziario, e poi, finalmente sbloccata l'impasse con le conclusioni del Consiglio europeo del dicembre 2020 ed entrato in vigore il regolamento, ne hanno contestato la validità davanti alla Corte di giustizia. Con le sentenze del 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97 e ECLI:EU:C:2022:98, rese in seduta plenaria, la Corte ha ritenuto il regolamento pienamente legittimo, respingendo tutti i motivi di ricorso. Sul caso v., P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in *BlogDUE*, 2022; B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2022, n. 2; L. PECH, *No More Excuses. The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in *Verfassungsblog.de*, 2022; F. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in *BlogDUE*, 2022.

¹² Il regolamento è stato applicato per la prima volta nei confronti dell'Ungheria; il 18 settembre 2022 la Commissione ha infatti adottato una proposta di decisione che è poi stata adottata dal Consiglio (decisione di esecuzione (UE) 2022/2506 del Consiglio del 15 dicembre 2022 relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria). La decisione sospende il 55% degli impegni di bilancio nell'ambito dei fondi di coesione (6,3 miliardi), richiede numerose riforme nei settori degli appalti pubblici, dell'azione penale, del conflitto di interessi, della lotta alla corruzione e dei trust di interesse pubblico.

¹³ Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti. Il regolamento ha avuto applicazione nei confronti di Polonia, Ungheria e Cipro, v. F. BACCINI, *La Commissione Ue ha sospeso i pagamenti a Polonia, Ungheria e Cipro per possibili violazioni dei diritti umani*, in <https://www.eunews.it/2023/02/06/fondi-ue-congelati-polonia-ungheria-cipro/>.

3. *Le procedure giurisdizionali*

Se le procedure di controllo delle politiche di bilancio nazionali e gli strumenti di condizionalità finanziaria mettono a disposizione delle istituzioni dell'Unione mezzi di natura tanto preventiva quanto repressiva in grado di spingere gli Stati membri a realizzare le riforme necessarie e funzionali al rispetto dei valori comuni e all'effettività delle politiche dell'Unione, le procedure giurisdizionali previste dai Trattati consentono alla Corte di giustizia di accertare, ai sensi dell'art. 258 TFUE, le violazioni di tali valori da parte degli Stati membri e, qualora persista l'inadempimento, di irrogare sanzioni finanziarie agli Stati membri inadempienti, secondo quanto previsto dall'art. 260 TFUE.

Come è noto, infatti, la procedura di infrazione di cui all'art. 258 TFUE è caratterizzata da una prima fase gestita dalla Commissione in modo pienamente discrezionale, e dunque non scevra da valutazioni di natura politica¹⁴; solo in un secondo tempo, a seguito del ricorso della Commissione alla Corte di giustizia, la procedura assumerà carattere giurisdizionale, portando all'accertamento definitivo dell'eventuale violazione da parte dello Stato membro convenuto degli obblighi a esso derivanti dai Trattati.

E la mancata esecuzione della sentenza con cui la Corte accerta l'inadempimento potrà poi portare, attraverso una successiva procedura, prevista dall'art. 260 TFUE, alla condanna dello Stato membro censurato al pagamento di sanzioni pecuniarie.

Va poi aggiunto che, allo scopo di evitare l'aggravarsi delle conseguenze derivanti dall'inadempimento dello Stato, la Corte di giustizia ha fatto uso della possibilità di ingiungere il pagamento di penalità finanziarie in caso di inottemperanza ai provvedimenti cautelari adottati ai sensi dell'art. 279 TFUE nel corso della procedura di infrazione¹⁵.

¹⁴ Sul punto v., P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in *Eurojus*, 2020, p. 112 ss.

¹⁵ V. Corte di giustizia, ordinanze del 14 luglio 2021 e del 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*, adottate in via provvisoria nel corso del procedimento per inadempimento introdotto dalla Commissione per contestare la compatibilità con il diritto dell'Unione della legge del 14 febbraio 2020 che ha modificato vari aspetti del sistema giudiziario polacco, anche costituzionale. In argomento v. M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 158 ss.; G. D'AGNONE, *La Corte di giustizia condanna la Polonia al pagamento di una penalità di mora per non aver osservato le misure cautelari emesse riguardo alla miniera di lignite di Turów*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021.

Anche la procedura del rinvio pregiudiziale, di cui all'art. 267 TFUE, pur non essendo direttamente finalizzata all'accertamento del mancato rispetto del diritto dell'Unione, ha svolto un importante ruolo di garanzia, consentendo alla Corte di giustizia di prendere posizione con riguardo a situazioni di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE e delle norme della Carta dei diritti fondamentali.

4. *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui valori fondamentali comuni*

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rispetto dei valori fondamentali comuni sanciti nell'art. 2 TUE e dello Stato di diritto e nella Carta dei diritti fondamentali, in particolare sotto il profilo del principio dell'indipendenza della magistratura, si è sviluppata gradualmente.

In verità, già nel 2012, la riforma del sistema giudiziario ungherese che imponeva il pensionamento anticipato dei giudici, per la sua radicalità e per il suo impatto di sistema, aveva sollevato forti preoccupazioni sotto il profilo del mancato rispetto del principio dell'indipendenza dei giudici. Tuttavia, la procedura d'infrazione aperta in proposito dalla Commissione aveva contestato all'Ungheria unicamente la violazione di alcune disposizioni della direttiva 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e pertanto la Corte si era limitata all'accertamento della violazione di queste da parte dell'Ungheria¹⁶.

Successivamente, la Corte è stata richiesta di pronunciarsi su alcune questioni pregiudiziali concernenti le nozioni di indipendenza e di imparzialità dell'autorità emittente il MAE¹⁷, per arrivare, nel 2019, con la sentenza *ASJP*¹⁸, all'interpretazione sistematica dell'art. 19 TUE.

In questa fondamentale decisione la Grande Sezione ha affermato che l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, concretizza il valore dello Stato di diritto sancito all'art. 2 TUE, e affida ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza di detto diritto. Pertanto, la Corte ha affermato che, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'art. 4, par. 3, primo

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenze del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG (Parquet de Lübeck)*, ECLI:EU:C:2019:456; 9 ottobre 2019, C-489/19, *NJ (Parquet de Vienne)*, ECLI:EU:C:2019:849.

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, ECLI:EU:C:2018:117.

comma, TUE, gli Stati membri devono garantire che gli organi rientranti nel sistema nazionale di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva tra cui, in particolare, la garanzia di indipendenza dai poteri legislativo ed esecutivo come garantito anche dall'art. 47 della Carta. Indipendenza che è inscindibile dal principio della separazione dei poteri che caratterizza il funzionamento di uno Stato di diritto¹⁹.

Particolare rilievo assume poi la definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 19, par. 1, TUE là dove la Corte ha chiarito che «tale disposizione riguarda “i settori disciplinati dal diritto dell'Unione”, indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta»²⁰; in tal modo la Corte ha svincolato l'ambito di operatività dell'art. 19 TUE dai limiti applicativi che invece accompagnano la Carta dei diritti fondamentali ai sensi del suo art. 51, par. 1. Ne consegue, pertanto, che rispetto all'art. 19 TUE è sufficiente un collegamento anche solo potenziale con il diritto dell'Unione²¹, mentre, rispetto all'art. 47 della Carta, come in generale a tutte le sue disposizioni, è piuttosto necessario un collegamento reale con il diritto dell'Unione della situazione oggetto del procedimento nazionale, ovvero «che la persona che lo invoca si avvalga di diritti o di libertà garantiti dal diritto dell'Unione»²². In sostanza, se l'art. 19 TUE pone agli Stati membri un obbligo chiaro preciso e incondizionato di tipo organizzativo-funzionale riguardante il siste-

¹⁹ In precedenza, sul principio di separazione dei poteri, v., Corte di giustizia, sentenza del 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858, punto 35.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza *ASJP*, cit., punto 29.

²¹ «A norma dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, ogni Stato membro deve segnatamente garantire che gli organi che fanno parte, in quanto «organi giurisdizionali» nel senso definito dal diritto dell'Unione, del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e che, pertanto, *possono trovarsi a dover statuire* in tale qualità sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva» (corsivo aggiunto), Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, ECLI:EU:C:2021:153, punto 112, e giurisprudenza ivi cit.

²² Corte di giustizia, sentenze del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, cit. punto 111 e punti 87 e 88; 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica*, ECLI:EU:C:2021:311, punto 41. Sul punto v. M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 245 ss., e, ID, *Limiti ratione temporis all'applicazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva: riflessioni in margine alla sentenza Repubblica c. Il-Prim Ministru*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, www.dirittounioneuropea.eu, 04/05/2021.

ma giurisdizionale nazionale²³, l'art. 47 della Carta attribuisce agli individui il diritto fondamentale alla giustizia.

5. *Le procedure di infrazione riguardanti lo Stato di diritto*

«Basandosi sul suo approccio corrente di attuazione e sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea», la Commissione ha deciso di perseguire «un approccio strategico per le procedure d'infrazione riguardanti lo Stato di diritto, esigendo ove necessario un procedimento accelerato e l'applicazione di misure provvisorie»²⁴. Numerose sono state le procedure di infrazione aperte nei confronti della Polonia e dell'Ungheria per violazione di norme fondamentali del diritto dell'Unione.

Tra queste ricordo le procedure di infrazione nei confronti dello Stato magiaro con cui sono state messe sott'accusa le c.d. leggi anti-Soros²⁵, la disumana politica antimigratoria²⁶, la c.d. legge sulla protezione dell'in-

²³ Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, cit., punto 146.

²⁴ Comunicazione della Commissione, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione* Programma d'azione, 17 luglio 2019, COM(2019)343. Sull'argomento, si rinvia a P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 363 ss.

²⁵ Si tratta in particolare della procedura riguardante la legge relativa alle ONG finanziate da capitali stranieri che viola la libertà d'associazione, la libera circolazione dei capitali e il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali, Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 2020, C-78/18, *Commissione c. Ungheria (trasparenza associativa)*, ECLI:EU:C:2020:476, e di quella riguardante la legge sull'insegnamento superiore che, non solo limita indebitamente le libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, ma lede anche la libertà accademica, il diritto all'educazione e la libertà d'impresa quali garantiti dagli articoli 13, 14 e 16 della Carta, Corte di giustizia, sentenza dell'6 ottobre 2020, *Commissione c. Ungheria (Enseignement supérieur)*, ECLI:EU:C:2020:792.

²⁶ Tra le varie v. in particolare la procedura riguardante la legislazione ungherese che limita l'accesso alla procedura di protezione internazionale e stabilisce il trattenimento irregolare dei richiedenti tale protezione in zone di transito nonché la riconduzione in una zona frontiera di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, senza rispettare le garanzie che circondano una procedura di rimpatrio, Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione c. Ungheria (Accueil des demandeurs de protection internationale)*, ECLI:EU:C:2020:1029, e quella riguardante la legislazione che sanziona penalmente l'attività organizzativa realizzata al fine di consentire l'avvio di una procedura di protezione internazionale da parte di persone che non soddisfano i criteri nazionali di riconoscimento di tale protezione, sentenza del 16 novembre 2021, C-821/19, *Commissione/ Ungheria (Incrimination de l'aide aux demandeurs d'asile)*, ECLI:EU:C:2021:930.

fanzia in quanto discrimina le persone sulla base del loro orientamento sessuale²⁷.

La crisi dello Stato di diritto in Polonia, caratterizzata da una serie di riforme che hanno gravemente minato l'indipendenza del Tribunale costituzionale e dell'ordinamento giudiziario, ha poi determinato la Commissione ad affiancare alla procedura dell'art. 7 TUE, specifiche procedure di infrazione per violazioni di norme dei Trattati e della Carta che esprimono i principi e i valori fondamentali dello Stato di diritto sanciti nell'art. 2 TUE.

Si è in tal modo formata una cospicua giurisprudenza sull'art. 19, par. 1, TUE quale disposizione di sistema che «concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE», in quanto affida ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale effettiva spettante ai singoli in forza di tale diritto²⁸.

La Corte ha precisato che il principio di tutela giurisdizionale effettiva cui fa riferimento l'art. 19, par. 1, TUE «è un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», sancito negli art. 6 e 13 della CEDU e «attualmente affermato all'art. 47 della Carta»²⁹. E il requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, in quanto «intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE»³⁰.

²⁷ Corte di giustizia, causa C-769/22, *Commissione c. Ungheria*, ancora pendente; secondo la Commissione la legge viola le regole del mercato interno, i diritti fondamentali degli individui (in particolare delle persone LGBTIQ); inoltre, a causa della gravità di queste violazioni, la Commissione ha anche esplicitamente contestato la violazione i valori comuni stabiliti dall'art. 2 TUE.

²⁸ Corte di giustizia, sentenze del 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, EU:C:2019:325; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, EU:C:2019:529; 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, ECLI:EU:C:2021:596; 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, ECLI:EU:C:2023:442.

²⁹ Corte di giustizia, sentenze del 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, cit.; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, cit.

³⁰ La Corte ne ha precisato il contenuto nelle componenti di autonomia, imparzialità e inamovibilità v. sentenza del 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit., punto 58 e giurisprudenza ivi cit.

In più occasioni la Corte, pur confermando che l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientra nella competenza e nell'autonomia procedurale di questi ultimi, ha chiarito che «nell'esercizio di tale loro competenza gli Stati membri sono tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione» e, in particolare, l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE³¹.

Da questa giurisprudenza appare chiaro che là dove gli organi statali operano come parte del sistema dell'Unione agendo nei settori disciplinati dal diritto di questa, tale diritto assume portata conformativa. Il che significa che la struttura e l'organizzazione costituzionale degli Stati membri devono essere coerenti con il diritto dell'Unione e i suoi principi fondamentali, nel caso con il principio dell'indipendenza degli organi giurisdizionali, e che compete alla Corte di giustizia l'apprezzamento della conformità degli istituti nazionali a tale diritto e a tali principi³².

6. Il ruolo della procedura pregiudiziale nella tutela dei diritti e nelle dinamiche infra-ordinamentali

Di pari importanza ai fini dell'osservanza dei valori comuni sanciti nell'art. 2 TUE e dei diritti enunciati nella Carta è stata la procedura pregiudiziale. Questa ha infatti consentito ai giudici nazionali di sottoporre alla Corte di giustizia, non solo questioni di interpretazione di norme dell'Unione che hanno un impatto diretto su normative nazionali di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione e con i suoi principi fondamentali, ma anche, e soprattutto, direttamente questioni di conformità della normativa nazionale con le norme dell'Unione³³.

³¹ Ivi punto 52.

³² Secondo la Corte, infatti, pur disponendo di identità nazionali distinte...che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di «Stato di diritto» che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo» (Corte di giustizia, sentenze del 16 febbraio 2022, cause riunite C-156 e 157/21, *Ungheria e Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit.). Secondo K. LENAERTS, *New Horizon for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2019, p. 33, «Those national rules are thus “circumscribed” by that fundamental principle».

³³ Su tale prassi v. le considerazioni di R. ADAM, *Il rinvio pregiudiziale tra tutela dei diritti soggettivi e controllo delle inadempienze statali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2023, p.1 ss.

La procedura pregiudiziale si è dunque, ancora una volta, dimostrata particolarmente efficace per garantire ai singoli la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta a fronte di violazioni statali³⁴.

A questo scopo è stato determinante il riconoscimento dell'efficacia diretta, anche orizzontale, delle sue norme³⁵. Con la conseguenza che, in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, il giudice nazionale ha l'obbligo, in primo luogo, di valutare la possibilità di interpretare il diritto interno in modo conforme ai requisiti posti dalla disposizione rilevante della Carta e, ove questo non sia possibile, di disapplicare la normativa nazionale incompatibile così da garantire la piena efficacia di quella disposizione e ottenere il risultato dell'effettivo godimento del diritto del singolo³⁶.

Questa giurisprudenza ha trovato applicazione nella sentenza *A.K.*, nella quale è stata affrontata la questione dell'indipendenza della nuova Sezione disciplinare della Corte suprema polacca. Secondo la Corte, la disposizione dell'art. 47 della Carta «è sufficiente di per sé e non deve essere precisata mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale» e, pertanto³⁷, in forza del principio del primato, il giudice nazionale «ha l'obbligo – al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, ai sensi di detto arti-

³⁴ In argomento v. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 441 ss.

³⁵ Nella sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, punto 77, la Corte di giustizia ha infatti affermato che «riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'art. 21 della Carta non si distingue in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni». La Corte ha dunque riconosciuto che ogniquale volta le norme della Carta sanciscono un diritto di «carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato», esse sono direttamente invocabili dagli individui, anche in via orizzontale. V. sentenze del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:2013:105; 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871; causa C-619/16, *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:872; causa C-684/16, *Max-Planck*, ECLI:EU:C:2018:874. In argomento, tra i molti, v. i contributi di M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*; L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*; S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019.

³⁶ In argomento si rinvia a P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, p. 73 ss.

³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, ECLI:EU:C:2019:982, punto 162.

colo 47, e conformemente al principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE – di disapplicare» la disposizione nazionale incompatibile, precisando che tale obbligo di disapplicazione deve essere eseguito dal giudice nazionale «di propria iniziativa, ... senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»³⁸.

Ma la procedura pregiudiziale si è rivelata uno strumento essenziale anche sotto il profilo delle dinamiche infra-ordinamentali³⁹. Mi riferisco in particolare alla giurisprudenza con la quale i giudici di Lussemburgo hanno arginato talune iniziative di corti costituzionali o supreme volte a comprimere i poteri del giudice nazionale quali definiti dall'art. 267 TFUE. La Corte ha infatti più volte avuto modo di ribadire che i giudici nazionali devono comunque mantenere la facoltà o rispettare l'obbligo di rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE. E di conseguenza il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione o giurisprudenza nazionale, anche di natura costituzionale, che in qualsiasi modo ne limiti o ne impedisca la possibilità di rinviare alla Corte di giustizia, vincolandolo alla decisione di un giudice superiore o costituzionale o che sottoponga a provvedimento disciplinare o sanzioni il giudice che effettua il rinvio ex art. 267 alla Corte di giustizia⁴⁰.

E sempre in via pregiudiziale la Corte di giustizia ha affrontato la spinosa questione della competenza ad accertare se una norma dell'Unione attenta all'identità nazionale di uno Stato membro quale garantita dall'art. 4, par. 2, TUE. Nella sentenza *RS*⁴¹, la Corte ha infatti esplicitamente respinto la pretesa che la Corte costituzionale di uno Stato membro, in violazione degli obblighi posti a suo carico dal diritto dell'Unione, possa disapplicare una norma di tale diritto, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale dello Stato membro interessato come definita dalla stessa Corte costituzionale nazionale. I giudici di Lussemburgo hanno piuttosto riaffermato la loro competenza esclusiva a interpretare l'art. 4, par. 2, TUE e a giudicare dell'eventuale invalidità di una disposizione di

³⁸ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, cit., punto 160. Come è noto tale affermazione, allora riferita ad un regolamento comunitario, risale alla sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, punto 24.

³⁹ V. A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 21

⁴⁰ Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, EU:C:2021:1034, in specie punti 227 e 260, e giurisprudenza ivi cit.

⁴¹ Corte di giustizia, sentenza del 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, ECLI:EU:C:2022:99.

diritto derivato dell'Unione per violazione della clausola identitaria ivi prevista.

In questa stessa sentenza è inoltre precisato che, essendo la Corte di giustizia deputata a fornire in via esclusiva l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione, la Corte costituzionale di uno Stato membro non può legittimamente dichiarare che la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza che viola la sua sfera di competenza e, pertanto, rifiutare di ottemperare a una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia.

7. Alcune considerazioni conclusive sul ruolo della Corte di giustizia

Concludo osservando che nelle due sentenze sul caso della validità del regolamento sulla condizionalità finanziaria, la Corte di giustizia ha ricordato che l'Unione costituisce a una costruzione giuridica che poggia sulla condivisione tra tutti gli Stati membri dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, i quali «fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune» sui quali l'Unione si fonda. E la condivisione di tali valori implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, pertanto, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. Ma soprattutto va sottolineato che la Corte ha affermato che i valori enunciati nell'articolo 2 TUE non costituiscono una mera enunciazione di intenti di natura politica ma «sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri». E «pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»⁴².

Insomma, la Corte ha rivendicato un vero e proprio ruolo di giudice costituzionale competente a garantire il rispetto dei valori comuni che l'art. 2 TUE enuncia formalmente e che dalle origini costituiscono il patrimonio essenziale e fondativo del processo di integrazione europea.

⁴² Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2022, causa C-156, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 127 e 232. Sul ruolo costituzionale della Corte di giustizia, v. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 158 ss.

ABSTRACT

The Instruments for Safeguarding the Rule of Law and the Values of the European Union Between Politics and Law

This paper examines the European Union's (EU) evolving framework for safeguarding the rule of law and fundamental values, analysing both political and legal enforcement mechanisms. The study explores the limitations of the Article 7 TEU procedure for addressing serious breaches of EU values, highlighting its political complexities and high voting thresholds. The analysis also delves into the EU's "soft law" instruments, such as the Rule of Law Framework and the European Rule of Law Mechanism, which emphasize preventive monitoring and recommendations. The paper further examines the crucial role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in upholding EU values through infringement procedures and preliminary rulings. The CJEU's jurisprudence on judicial independence and the effective judicial protection enshrined in Article 19 TEU is critically assessed, emphasizing the Court's authority in ensuring national institutions' compliance with EU law and fundamental principles.

RULE OF LAW E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELL'UNIONE EUROPEA

*Sara Tonolo**

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il difficile rispetto della *rule of law* processuale. – 3. *Rule of law* e determinazione della legge applicabile. – 3.1. Operatività della cittadinanza nelle fonti di diritto internazionale privato dell'Unione europea. – 3.2. Residenza abituale. – 4. Ordine pubblico e *rule of law*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Osservazioni introduttive*

L'incessante evoluzione del diritto internazionale privato dell'Unione europea induce a svolgere alcune riflessioni rispetto alla corrispondenza dello stesso ai principi dello stato di diritto: le norme poste dagli atti adottati nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato sono davvero coerenti alla *rule of law*?

Come noto, si tratta di norme in astratto rivolte a garantire alle persone libertà, giustizia e protezione giuridica delle loro aspettative e dei loro diritti fondamentali in maniera equa e prevedibile, e dunque teoricamente coerenti ai principi della *rule of law* europea, ma la loro adozione entro ambiti materiali, che di volta in volta sono individuati come oggetto di una necessaria unificazione, da un lato, e la necessità di conciliare alcune di esse con i sistemi giuridici nazionali cui spesso è stato riservato ampio spazio di interazione, dall'altro lato, hanno evidenziato complesse criticità che non consentono di rispondere al quesito relativo alla coerenza di tali norme alla *rule of law* senza incertezze.

La previsione di regole uniformi volte a disciplinare il giudice competente, la circolazione dei giudicati, la legge applicabile ai rapporti internazionali e privati assicura lo sviluppo del commercio internazionale e la circolazione dei capitali, delle persone, delle famiglie, in maniera teoricamente coerente con i principi dello stato di diritto.

D'altra parte, è noto che nella delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, rilevano alcuni valori generali idonei a orientare la scelta del criterio di giurisdizione e di collegamento. Tali valori trascendono il singolo ordinamento per affermarsi nel quadro

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Trieste.

della più ampia “comunità di diritto”, delineata da Savigny¹, e la *rule of law* rientra sicuramente in tale contesto di indagine, orientando la valutazione della coerenza delle regole di diritto internazionale privato e processuale ai principi fondanti della stessa (ad es. divieto di discriminazione, principio di uguaglianza, tutela dei diritti fondamentali).

La trasversalità della *rule of law*, che si fonda sulla responsabilità degli Stati, sulla trasparenza e sulla legittimità della loro azione, si estende anche ai rapporti internazionalprivatistici, rispetto ai quali l'azione degli Stati deve articolarsi tramite norme chiare, oggettive e pubblicamente note. Ai fini dell'attuazione concreta dei principi della *rule of law*, occorre poi completare la previsione di queste norme con procedure regolamentate, in corrispondenza a *standard* internazionalmente riconosciuti, quali ad es. l'attività giudiziaria imparzialmente esercitata o anche i meccanismi alternativi di soluzione delle controversie, quale ad es. l'arbitrato.

L'intervento di discipline poste con regolamenti dell'Unione europea ad applicazione diretta nelle materie del diritto processuale civile e del diritto internazionale privato ha un ambito di operatività molto ampio, entro il quale esse si sostituiscono alle legislazioni nazionali e ai rapporti convenzionali degli Stati membri. Esso si fonda sull'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE)², nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile che, in particolare ricomprende, secondo il par. 2, lett. a) di tale articolo, misure volte a conseguire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e, nel quadro della lett. c), la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizioni.

L'assunzione di questa competenza normativa diretta, giustificata con l'esigenza di realizzazione graduale di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, entro il quale sia assicurata la libera circolazione delle persone, risale al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (art. 65) e si sostituisce allo strumento tradizionale del ricorso a convenzioni internazionali tra gli Stati membri, inizialmente previsto all'art. 220 del Trattato CEE. La conclusione di convenzioni, c.d. “comunitarie” dirette ad agevolare l'integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri ed il funzionamento del mercato comune e il loro assoggettamento alla competenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia della Comunità, era andata oltre la previsione iniziale dell'art. 220 per coprire, con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sia la giurisdizione che il riconoscimento e l'esecuzione delle decisio-

¹ F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, 1849, p. 28 ss.

² Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007, in GUUE C 115 del 9 maggio 2008.

ni³ e, successivamente, con la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980⁴, anche il campo della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Tali convenzioni, a seguito della assunzione di competenza normativa diretta, sono quindi state sostituite, con discipline in parte ampliate e modificate, da due regolamenti, rispettivamente il 44/2001 (Bruxelles I)⁵, ora rifiuto nel reg. 1215/2012, c.d. Bruxelles I *bis*⁶, e il 593/2008 (Roma I)⁷, cui si sono aggiunti nel tempo numerosi altri interventi normativi, sia nel campo della uniformazione del diritto processuale civile internazionale sia in quello della scelta della legge applicabile.

L'efficacia sostitutiva dei regolamenti comunitari rispetto alle legislazioni nazionali dei paesi membri, e quindi anche di quella italiana, è tuttavia diversa nelle due materie: mentre le regole sulla ripartizione della competenza e l'efficacia dei giudicati operano esclusivamente tra giurisdizioni degli Stati membri, componendo un unico sistema giudiziario, ma lasciano residualmente applicabili le norme nazionali quando si tratti di definire la giurisdizione al di fuori della sfera comunitaria e di considerare l'efficacia di giudicati provenienti da paesi terzi, le norme uniformi poste dai regolamenti quanto alla scelta della legge applicabile hanno efficacia generale, anche quando il collegamento prescelto porti a richiamare il diritto di uno Stato terzo, e pertanto si sostituiscono alle norme di conflitto nazionali per le fattispecie corrispondenti. L'art. 6 del reg. Bruxelles I *bis* prevede che,

³ Per il testo della Convenzione, nella versione consolidata a seguito delle adesioni di Finlandia, Svezia e Austria si veda GUCE C 27 del 26 gennaio 1998, p. 1 e ss. Sulla Convenzione di Bruxelles, in generale, e sulla evoluzione dalla stessa subita, si veda: F. SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000; B. ANCEL, *The Brussels I Regulation: Comment*, in *Yearbook of Private International Law*, 2001, p. 101 ss.; H. GAUDEMET TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 601 e ss.; H. GAUDEMET TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et Lugano*, Paris, 2002.

⁴ In GUCE L 266 del 9 ottobre 1980.

⁵ Regolamento (CE) 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUCE L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1-23.

⁶ Regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUUE L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 e ss.

⁷ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in GUUE L 177 del 4 luglio 2008. Su di esso si veda: P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, Padova, 2006, in *Guida al diritto*, 2007, 5, p. 11 e ss.; T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 40 e ss.

rispetto alle persone non domiciliate in uno Stato membro, la competenza sia disciplinata dalla legge di tale Stato, salvo alcune eccezioni. In questo modo, anche il richiamo delle disposizioni nazionali è parte integrante del sistema della competenza del regolamento, come ribadito dalla Corte di giustizia⁸, ma consente di definire la giurisdizione nei confronti dei convenuti domiciliati in Stati non membri attraverso le norme in vigore nei sistemi giuridici nazionali.

Le regole sulla ripartizione di competenza e efficacia delle decisioni, contenute in generale per la materia civile e commerciale, con ampie esclusioni quali lo stato e la capacità delle persone, i rapporti patrimoniali tra coniugi, le successioni e i testamenti, poste con il reg. 1215/2012, Bruxelles I-*bis*, fondano anche la giurisdizione nei procedimenti uniformi istituiti da misure legislative dell'Unione europea nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, come ad es. nel procedimento europeo di ingiunzione di pagamento di cui al regolamento (CE) n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006, come modificato da ultimo dal Regolamento UE, 2017/1260 della Commissione del 19 giugno 2017⁹, nel procedimento europeo per le controversie di modesta entità, di cui al regolamento (CE) n. 861/2007 dell'11 luglio 2007, come modificato dal regolamento 2017/1259¹⁰, nel quadro del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati di cui al regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004¹¹. La creazione dei procedimenti uniformi europei, rivolti al recupero credito presuppone infatti la fiducia tra i sistemi processuali nazionali sulla base della convergenza delle regole giurisdizionali.

Le regole di giurisdizione sono state integrate, quanto alla determinazione della legge applicabile in alcune delle materie da esse coperte, con il ricordato reg. 593/2008 relativo alle obbligazioni contrattuali e con il reg. 864/2007 per le obbligazioni extracontrattuali (Roma II)¹²; quelle sulla giu-

⁸ Corte di giustizia, parere del 7 febbraio 2006, 1/03, ECLI: EU:C:2006:81.

⁹ Regolamento UE, 2017/1260 della Commissione del 19 giugno 2017, che modifica il Regolamento 1896/2006 del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, in GUUE L 182 del 13 luglio 2017, p. 20. Sul punto si v. S. TONOLO (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy, TRAIN2EN4CE Project and Future Challenges*, Torino, 2022.

¹⁰ Regolamento del 19 giugno 2017 che sostituisce gli Allegati I, II, III e IV al Regolamento (CE) n. 861/2007, del Parlamento e del Consiglio che stabilisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in GUUE L 182 del 13 luglio 2017, p. 1. Sul punto si v. S. TONOLO (a cura di), *The Simplification*, cit.

¹¹ In GUCE L 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss.

¹² Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), in GUUE L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 e ss. Su di esso si veda: F. POCAR, *Nelle nuove obbligazioni extracontrattuali alle parti una scelta sulla legge applicabile*, in *Guida al diritto*, 2007, 5, p. 11 e ss.; G. ALPA, *Scattano per le responsabilità da prodotti i principi del luogo ove si verifica il danno*,

risdizione e l'efficacia delle decisioni in materia di separazione e divorzio, e di responsabilità genitoriale, poste con il reg. 2201/2003 (Bruxelles II-bis)¹³, sostituito, a partire dal 1° agosto 2022, dal reg. 1111/2019¹⁴, sono state completate dal reg. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, c.d. reg. Roma III¹⁵.

In altri casi, i regolamenti hanno coperto, con un unico atto, sia la materia della competenza e dell'efficacia del giudicato che quella della legge applicabile: così è disposto nel reg. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari¹⁶, nel reg. 650/2012 in materia di successioni e di creazione di un

ivi, p. 24 e ss.; P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 971 e ss.

¹³ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, in GUCE L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 e ss., noto come “regolamento Bruxelles II-bis” perché sostituisce il “regolamento Bruxelles II”, ovvero il regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi.

¹⁴ Regolamento (UE) n. 1111/2019 del 25 giugno 2019, in GUUE L 178 del 25 giugno 2019, p. 1 e ss. Sul punto si v. S. BARIATTI, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile, commerciale e di famiglia*, Milano, 2016; D. DAMASCELLI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (legge applicabile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2022, p. 1069 ss.; C. HONORATI, M.C. BARUFFI, *EU Private International Law in Family Matters*, Cambridge, 2022; C. RICCI, *Giurisdizione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi nello spazio giudiziario europeo*, Padova, 2020; I. VIARENGO *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceedings related to Economic Aspects of Family Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, 257 e ss.; I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes of international Couples. A Commentary*, Cheltenham, 2020; I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Planning the future of Cross Border Families*, Oxford, 2020.

¹⁵ Regolamento 1251/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in GUUE L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Si veda in generale sul punto: S. BARIATTI, C. RICCI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-609; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; A. RÖTHEL, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 883-898.

¹⁶ Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GUCE L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 e ss. Si veda sul punto H. MUIR-WATT, *Aliments sans frontières. Le règlement CE n. 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, in *Revue critique*, 2020, p. 457; F. PESCE, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Roma,

certificato successorio europeo¹⁷, e nei reg. 2016/1103¹⁸ e 2016/1104¹⁹, relativi ai rapporti patrimoniali nel matrimonio e nelle unioni registrate.

Il diritto dell'Unione europea influenza significativamente, per l'operare dei principi in esso contenuti, il funzionamento dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato e li orienta al rispetto della *rule of law* europea. Rilevante è, a tal fine, il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha ad es. elaborato una complessa giurisprudenza incidente in

2013; F. POCAR, I. VIARENGO, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 805; I. VIARENGO, *Sulla disciplina degli obblighi alimentari nella famiglia e dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 823; L. VÁLKOVÁ, *Choice of Court Agreements under the EU regulation in Family and Succession Matters*, Milano, 2022.

¹⁷ Il Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, è pubblicato in GUUE L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 e ss. Su di esso si veda: A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Torino, 2014; A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015; D. DAMASCELLI, *Due proposte di riforma del sistema di conflitto italiano in materia di donazioni e successioni*, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 2019, pp. 227-249.

¹⁸ Regolamento (UE) n. 1103/2016 del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in GUUE L 183 dell'8 luglio 2016, p. 1 e ss. Sul punto si v. S. BARIATTI, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile, commerciale e di famiglia*, Milano, 2016; D. DAMASCELLI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (legge applicabile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2022, p. 1069 ss.; C. HONORATI, M.C. BARUFFI, *EU Private International Law in Family Matters*, Cambridge, 2022; C. RICCI, *Giurisdizione in materia di regimi patrimoniali tra coniugi nello spazio giudiziario europeo*, Padova, 2020; I. VIARENGO *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceedings related to Economic Aspects of Family Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, 257 e ss.; I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds), *The EU Regulations on the Property Regimes of international Couples. A Commentary*, Cheltenham, 2020; I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Planning the future*, cit.

¹⁹ Regolamento (UE) n. 1104/2016 del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in G.U.U.E., n L 183 dell'8 luglio 2016, p. 30 e ss. Sul punto si v. S. BARIATTI, I. VIARENGO, F.C. VILLATA. (a cura di), *La giurisprudenza italiana*, cit.; D. DAMASCELLI, *Rapporti patrimoniali*, cit.; C. HONORATI, M.C. BARUFFI, *EU Private International*, cit.; C. RICCI, *Giurisdizione in materia di regimi patrimoniali*, cit.; I. VIARENGO *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceedings related to Economic Aspects of Family Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, 257 e ss.; I. VIARENGO, P. FRANZINA (eds), *The EU Regulations on the Property Regimes*, cit.; I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Planning the future*, cit.

materia privatistica al fine di evitare incertezze e criticità nell'applicazione degli atti dell'Unione europea²⁰.

In particolare, il generale divieto di discriminazione su base nazionale, che costituisce uno dei fondamenti della integrazione comunitaria, influisce, come si vedrà²¹, sul criterio di collegamento della cittadinanza, ancora ampiamente accolto in molti sistemi nazionali, per impedire che, in ipotesi di doppia cittadinanza di Stati membri a capo di una o più parti di un rapporto, prevalga necessariamente quella del foro o che si subordini l'efficacia di una cittadinanza comunitaria alla sua effettività²². Inoltre il principio di reciproca fiducia tra le statuizioni derivanti dagli ordinamenti degli Stati membri comporta, anche in assenza di specifiche discipline comunitarie in alcune materie, la generale rilevanza giuridica di atti concernenti condizione e *status* personali posti in essere entro uno di questi ordinamenti.

La sovrapposizione delle norme di fonte unionale a quelle nazionali non è tuttavia avvenuta in maniera completa e pertanto – come si vedrà – possono emergere dei profili di contrasto tra la *rule of law* perseguita dall'Unione europea e l'operare residuale delle norme nazionali negli spazi non coperti da norme uniformi, che in alcuni casi, rinviano ai sistemi giuridici nazionali, nonché alcune criticità rispetto alla coerenza della stessa *rule of law* del diritto internazionale privato dell'Unione europea, derivanti dalla frammentaria unificazione della materia.

2. Il difficile rispetto della *rule of law* processuale

I regolamenti adottati nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato perseguono la *rule of law* definita dai principi fon-

²⁰ Si pensi solo a titolo di esempio ai principi delineati su istituti controversi, come ad es. la *Zugewinngemeinschaft* del diritto tedesco (quota successoria della comunione al coniuge superstite) ricondotta al diritto successorio in un caso di decesso di un coniuge con beni in Germania e in Svezia, allo scopo di attribuire la quota successoria al coniuge superstite, sulla quale si v. Corte di giustizia, sentenza del 1 marzo 2018, causa C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, o il legato per rivendicazione dei beni immobili, ricondotto al reg. 650/2012 anche in un ordinamento – quello polacco – che non conosce tale istituto, sul quale si v. Corte di giustizia, sentenza del 12 ottobre 2017, causa C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755.

²¹ Si veda sul punto *infra* par. 3.1.

²² Sul punto si v. in generale A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018; A. DI STASI, M. C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023.

damentali del diritto dell'Unione europea, ma si scontrano in alcuni casi con le difformità giuridiche dei sistemi nazionali entro i quali la *rule of law* europea dovrebbe attuarsi.

Si pensi ad es. ai diritti connessi all'accesso alla giustizia, ai principi generali dell'equo processo come codificati dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²³, e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁴. È noto come la Corte europea abbia puntualizzato che tra tali requisiti ricorra l'opportunità di avere conoscenza dei motivi addotti a sostegno della domanda della controparte e delle prove²⁵, in ciò corrispondendo all'effettiva protezione giudiziale di cui all'art. 47 Carta UE²⁶.

Una procedura europea che mira a semplificare, velocizzare e ridurre i costi del processo nei rapporti transfrontalieri, ma che non garantisce un equo bilanciamento tra i diritti processuali delle parti, assicurando un effettivo accesso alla giustizia e all'equo processo, rischia di aprire il campo agli abusi e di non raggiungere gli obiettivi per cui è stata disposta, in evidente violazione della *rule of law*. Si pensi, ad es., all'ingiunzione di pagamento europea, che stabilisce che l'ingiunzione sia notificata al convenuto in conformità alla legge nazionale secondo un metodo che rispetti gli *standards* degli artt. 13-15 del regolamento (notifica con prova di ricevimento²⁷, o senza)²⁸.

²³ Convenzione adottata a Roma il 4 novembre 1950 resa esecutiva in Italia con l. n. 848 del 4 agosto 1955, in *Gazz. Uff.*, n. 221 del 24 settembre 1955. Su di essa si veda in generale: S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford, 2015; M.E. VILLIGER, *Handbook on the European Convention on Human Rights*, Boston, Leiden, 2023; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK (EDS.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2023.

²⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000, riformulata e recepita con adattamenti nel Trattato di Lisbona sull'Unione europea del 12 dicembre 2007 (art. 6), in vigore dal 1° gennaio 2009, in GUUE C 115 del 9 maggio 2008.

²⁵ Per la giurisprudenza in tema di equo processo che interseca i diritti fondamentali nelle relazioni internazionalprivatistiche, si v. Corte EDU, sentenza del 19 marzo 1997, ricorso n. 18357/91, *Hornsby c. Grecia*; Corte EDU, sentenza dell'11 gennaio 2001, ricorso n. 21463/93, *Lunari e Tangelli c. Italia*; Corte EDU, sentenza 6 marzo 2003, ricorso n. 41510/98, *Jasiunien v. Lituania*; Corte EDU sentenza 17 giugno 2003, ricorso n. 34647/97, *Ruianu c. Romania*.

²⁶ Sul punto si v. D. P. STEWART, *Private International Law, the Rule of Law, and Economic Development*, in *56 Villanova Law Review*, 2011, p. 607 e ss.

²⁷ Modalità che si possono utilizzare solo se l'indirizzo dell'ingiunto è conosciuto con certezza, ex art. 14, comma 2, Reg.

²⁸ La notifica dell'ingiunzione europea deve seguire le regole dello Stato emittente, purché non meno garantiste di quelle minime comuni, ex artt. 13-15 Reg. I meccanismi di notifica previsti nel nostro ordinamento agli artt. 143 e 150 c.p.c. non appiano utilizzabili per

Si tratta di una norma che cerca di conciliare gli obiettivi europei del recupero credito con le esigenze degli ordinamenti nazionali. Il reg. 1896/2006 peraltro precisa con una norma di carattere generale che tutte le questioni procedurali non specificamente regolate dalla fonte unionale sono disciplinate dal diritto nazionale (art. 26). Non è tuttavia chiaro come si possa risolvere in termini coerenti al rispetto della *rule of law* il dibattito intercorrente tra la Corte di giustizia dell'Unione europea, che tende a limitare l'operatività dell'opposizione e del riesame (artt. 16-20), quando risulti che l'ingiunzione non è stata notificata in conformità alle norme minime del regolamento²⁹ e la Cassazione italiana che invece ritiene applicabile la disciplina dell'art. 650 c.p.c.³⁰, configurando così una sorta di rimessione in termini per cause non imputabili all'ingiunto.

Ciò crea profonda incertezza nell'uso di tale procedimento, scoraggiando chi intenda farvi ricorso dal farlo realmente, soprattutto nei paesi all'interno dei quali la notifica deve essere richiesta dall'attore (Italia, Francia, Grecia, Olanda). L'adozione del nuovo Regolamento notifiche³¹ con la previsione dello strumento e-CODEX³² rende ancora più complicata la funzionalità delle procedure e l'interoperabilità dei diversi sistemi nazionali, con la conseguenza che le barriere tecnico-giuridiche potranno incidere in maniera negativa sull'operatività dei metodi uniformi³³. Il tentativo di

l'ingiunzione europea, poiché ai sensi dell'art. 3 il procedimento ingiuntivo europeo può esperirsi solo nei confronti di un debitore «con domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito» e quindi con domicilio o residenza noti.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, cause riunite C-119/13 e C-120/13, *Eco-Cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144.

³⁰ Cass., s.u., 20 marzo 2017, n. 7075, in *Judicium*, 2017.

³¹ Regolamento (UE) 2020/1784 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») (*rifusione*).

³² Regolamento (UE) 850/2022 del 30 maggio 2022, relativo a un sistema informatizzato per lo scambio elettronico transfrontaliero di dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE), 726/2018, in GUUE L 150 dell'1 giugno 2022, p. 1 e ss. La caratteristica peculiare del sistema e-Codex è che consente l'interoperabilità tra i sistemi informatici utilizzati dalle autorità giudiziarie e permette a sistemi di giustizia elettronica nazionali diversi di essere interconnessi al fine di scambiare dati relativi a casi in materia civile (e penale e-Codex porterà alla creazione di reti di comunicazione decentrate, interoperabili tra i sistemi informatici nazionali a sostegno della cooperazione transfrontaliera. Più specificatamente esso potrebbe essere utilizzato per l'invio delle domande relative alle ingiunzioni di pagamento europee (conformemente al regolamento (CE) n. 1896/2006) e alla risoluzione delle controversie di modesta entità (conformemente al regolamento (CE) n. 861/2007).

³³ R. BARDELLE, *I nuovi scenari della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: le sfide della digitalizzazione*, in S. TONOLO (a cura di), *The Simplification of Debt Col-*

contemperare la celerità nel recupero credito transnazionale con le esigenze processuali nazionali si può dunque porre in contrasto con le garanzie di tutela dei diritti fondamentali di difesa, ascrivibili alla c.d. *rule of law* processuale.

A criticità concernenti la tutela del contraddittorio può dar luogo, inoltre, il regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014, che istituisce l'ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari e disciplina il procedimento che conduce all'emissione della stessa³⁴. L'ordinanza è un provvedimento cautelare reso *inaudita altera parte* in funzione della tutela provvisoria di crediti pecuniari in materia civile e commerciale in situazioni a carattere transnazionale. Essa può essere richiesta: quando il credito non sia ancora stato accertato giudizialmente (cioè prima dell'avvio di un procedimento di cognizione rivolto a questo scopo o nel corso dello stesso), o quando siano già intervenuti in ordine al credito una decisione giudiziale, una transazione giudiziaria o un atto pubblico. Il regolamento n. 655/2014 permette la circolazione di un particolare tipo di provvedimento cautelare – l'ordinanza europea di sequestro di conti bancari – anche quando il debitore non sia stato previamente informato del provvedimento stesso o dell'avvio del procedimento volto al rilascio della cautela, a condizione che sia pronunciata da un giudice competente anche in ordine al merito. Per l'esecuzione dell'ordinanza, il regolamento rimanda alle norme nazionali dei singoli Stati, contemplando anche, all'art. 30, il caso del sequestro di conti congiunti fra il debitore e terzi, e prevedendo, all'art. 31, che gli importi non sequestrabili in base al diritto dello Stato *ad quem* siano esenti anche dal sequestro europeo. In Italia, si evidenzia un problema strettamente connesso alla *rule of law* processuale, perché le norme da applicare per l'esecuzione del sequestro – ovvero l'art. 669 bis e ss. c.p.c. prevedono il contraddittorio mentre il Regolamento ha istituito una misura *inaudita altera parte*.

In altri casi i regolamenti in esame contribuiscono a definire nuovi contenuti della *rule of law* processuale, ad es. con riguardo alle garanzie del doppio grado di giudizio. L'art. 17 del regolamento 861/2007 stabilisce che «gli Stati membri informano la Commissione se il loro diritto processuale prevede la possibilità di impugnazione contro una sentenza resa nell'ambito del procedimento europeo per le controversie di modesta entità specificando i termini in cui presentare l'impugnazione». Il regolamento rimette dunque agli Stati membri la facoltà di prevedere uno o più mezzi di impugnazione nel loro ordinamento nazionale, anche in vista degli obiettivi di semplificazione procedurale che essi possono perseguire in ragione della

lection in Italy, TRAIN2EN4CE Project and Future Challenges, cit., p. 7 e ss.

³⁴ GUUE L 189 del 27 giugno 2014, p. 59 ss.

materia³⁵. Si tratta di una prescrizione coerente alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ad altri ambiti dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma suscettibile di applicarsi alla materia civile e commerciale, orientata ad affermare che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali non impone agli Stati membri di conformarsi al principio del doppio grado di giudizio, ma solo di garantire l'accesso ad un giudice, salvo naturalmente che non sia la legislazione dell'Unione a prevedere un mezzo obbligatorio di impugnazione³⁶.

Il rinvio al diritto nazionale effettuato dal regolamento riguarda l'ambito delle decisioni impugnabili, che potrebbe non comprendere esclusivamente le sentenze che pronunciano sulla domanda principale e/o sulla domanda riconvenzionale³⁷, ma anche provvedimenti di carattere preliminare, come il rigetto della domanda per manifesta infondatezza, irricevibilità o per non aver l'attore completato o rettificato il modulo di domanda³⁸.

³⁵ Nel senso che questo costituisce il principale punto debole del regolamento, v. X. KRAMER, *The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2008, p. 353 ss.; G. BIAGIONI, *L'impugnazione e l'opposizione all'esecuzione delle sentenze emesse ai sensi del regolamento (CE) n. 861/2007*, cit., p. 30.

³⁶ In materia di asilo, si veda ad es. Corte di giustizia, sentenza del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 69, ECLI:EU:C:2011:524; Corte di giustizia, sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465, punto 57; Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2018, causa C-175/17, X, ECLI:EU:C:2018:776, punto 34; Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 2018, causa C-422/18 PPU, FR, ECLI:EU:C:2018:784, punto 36. In tema di mandato d'arresto europeo, v. Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy F.*, ECLI:EU:C:2013:358, punti 43 ss. nell'ambito della quale è menzionata anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che esclude la necessità di un doppio grado di giudizio in tema di estradizione, ma fa salva la possibilità che un simile obbligo sia previsto dal diritto costituzionale nazionale. Sul punto si v. G. BIAGIONI, *L'impugnazione e l'opposizione all'esecuzione delle sentenze emesse ai sensi del regolamento (CE) n. 861/2007*, in S. TONOLO (a cura di), *The Simplification of Debt Collection in Italy, TRAIN2EN4CE Project and Future Challenges*, cit., p. 27 e ss.

³⁷ Tali domande sembrerebbero dover essere decise separatamente ai sensi dell'art. 7, par. 3, del regolamento, quando l'attore non deposita una replica rispetto alla domanda riconvenzionale del convenuto; in ogni caso, il giudice potrebbe decidere di emettere immediatamente sentenza soltanto su una delle due domande senza richiedere informazioni, fissare un'udienza o assumere prove su di essa ai sensi dell'art. 7, par. 1. In questi casi, il diritto nazionale dovrebbe regolare anche l'obbligo o la facoltà di impugnare immediatamente o in via differita la sentenza che decide su una sola delle due domande e dunque non definisce interamente il procedimento.

³⁸ L'art. 4, par. 4, del regolamento, così come modificato dal regolamento UE 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015, in GUUE L 341 del 24 dicembre 2015, p. 1 ss., prevede ora che, se il diritto nazionale prevede una simile impugnazione, il giudice deve darne comunicazione all'attore.

Tuttavia, poiché il rischio di eccessiva proliferazione delle impugnazioni proponibili potrebbe compromettere gli obiettivi del regolamento, talune disposizioni di quest'ultimo si preoccupano di escludere l'autonoma impugnabilità di taluni provvedimenti relativi all'amministrazione del procedimento³⁹.

3. Rule of law e determinazione della legge applicabile

Nella delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, rilevano alcuni valori generali idonei a orientare la scelta del criterio di collegamento. La *rule of law* in questo caso può intendersi come corrispondenza dei criteri di collegamento alla parità dei rapporti delle parti coinvolte nel rapporto da disciplinare.

Si tratta di un tema che può riguardare sia il diritto internazionale privato in conformità alla *rule of law* dell'Unione europea, sia il diritto internazionale privato di fonte unionale, in corrispondenza alla *rule of law* europea o ideale. I principi della *rule of law* implicano però non solo parità di trattamento delle parti nelle aspettative della legge applicabile, ma anche tutela della certezza del diritto applicabile: il diritto internazionale privato dell'Unione europea appare ispirato, come si è detto, al principio della conoscibilità delle regole in base alle quali scegliere il giudice competente, la legge applicabile e disciplinare il riconoscimento delle sentenze. La *rule of law* non giustifica il collegamento della cittadinanza o quello della residenza, ma si limita a imporre la parità di trattamento dei sistemi giuridici applicabili, in presenza di collegamenti parimenti ragionevoli per la connessione con gli interessi dei soggetti coinvolti. Si pensi ad es. all'influenza svolta sull'operatività del collegamento della cittadinanza da parte di un principio fondamentale quale l'uguaglianza tra uomo e donna, generalmente affermato nelle fonti internazionali accanto al divieto di discriminazione⁴⁰.

³⁹ Si vedano l'art. 5, par. 1-*bis*, rispetto al rigetto di un'istanza diretta alla fissazione di un'udienza; l'art. 5, par. 5, rispetto al rigetto di un'istanza del convenuto diretta a far dichiarare che la controversia esula dal campo di applicazione del regolamento; l'art. 8, par. 4, rispetto al rigetto di un'istanza diretta alla fissazione di specifiche modalità di udienza.

⁴⁰ La discriminazione in base al sesso costituisce una specifica applicazione del principio di uguaglianza sin dalla previsione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, GA Res. 217/A (III), 10.12.1948, U.N. Doc. A/810, 71, poi ribadita in maniera vincolante dall'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, *International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976)* 999 UNTS 171, e dall'art. 2.2. del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, *International Covenant on*

Le considerazioni sino ad ora svolte rilevano ai fini dell'indagine relativa alla *rule of law* nell'interpretazione dei criteri di collegamento, da effettuare, entro l'ordinamento del foro, allo scopo di valutarne le modalità di funzionamento. Tale interpretazione, rivolta all'applicabilità del diritto internazionale privato, da configurarsi in relazione alle finalità che un ordinamento – anche quello dell'Unione europea – si prefigge, si definisce tradizionalmente quale riscontro di operabilità, ovvero di rilevanza del momento di collegamento ai fini dell'applicazione della norma che lo prevede⁴¹. Si effettua una valutazione di rilevanza, che vale a determinare l'applicazione o la disapplicazione del criterio di collegamento, per soddisfare le aspettative dei soggetti coinvolti in maniera paritaria, obiettivo indiscusso della giustizia del diritto internazionale privato⁴². Altra questione si pone all'esito dell'individuazione dei collegamenti, in seguito all'operatività di valutazioni concernenti la giustizia materiale della disciplina richiamata e la sua attitudine a soddisfare i diritti fondamentali. La parziale operatività del diritto richiamato, per effetto di adattamento o concorso cumulativo con altro ordinamento o dell'operatività del limite dell'ordine pubblico, o delle norme di applicazione necessaria, non deriva dall'idoneità dei criteri di collegamento a determinare la connessione più opportuna sotto il profilo della giustizia di diritto internazionale privato, ma si configura come il risultato di una giustapposizione di leggi richiamate, in cui prevalgono le finalità di giustizia materiale⁴³. Può rilevare in tale ambito la tutela dei diritti fondamentali degli individui nelle relazioni private⁴⁴.

Tale secondo profilo riguarda anche il blocco, tramite l'ordine pubblico, dell'operatività della legge straniera in contrasto con i diritti fonamen-

Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 993 UNTS 3. Sul punto si veda K. HENRARD, *Equality of Individuals*, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, par. 3; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 175 ss.; L. PANELLA, *La Dichiarazione universale dei diritti umani e i diritti delle donne*, in G. PASCALE, S. TONOLO (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2020, p. 367 e ss.

⁴¹ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972, p. 268 ss.; G. CONETTI, *L'arrêt Martini: considerazioni sulla scelta del criterio di collegamento*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1977, p. 257 ss., a p. 263

⁴² G. KEGEL, *Begriffs-und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, p. 253 ss.

⁴³ H. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1939 – III (69), p. 77 ss.; G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento della norma straniera richiamata*, Torino, 1939, p. 153 ss.; I. KISCH, *La loi plus favorable*, in *Jus et Lex, Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, p. 373 ss.; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, cit., p. 285 ss.

⁴⁴ F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, pp. 259- 291, a p. 277 ss.

tali, e, dall'altro lato, la necessità che, a sua volta, l'operatività dell'ordine pubblico e la disapplicazione della legge straniera non determini una discriminazione connessa a un interesse perseguito dai giudici nazionali in maniera sproporzionata e lesiva di diritti fondamentali dell'individuo, come affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁵, e che situazioni simili siano regolate secondo regimi divergenti dinanzi ai giudici dello stesso Paese⁴⁶. L'ordine pubblico rileva anche, nella stessa dialettica tra tutela dei diritti fondamentali, ed esigenze del foro, all'atto del riconoscimento di situazioni giuridiche costituite entro altri ordinamenti⁴⁷.

3.1. Operatività della cittadinanza nelle fonti di diritto internazionale privato dell'Unione europea

L'ampia applicazione giurisprudenziale del criterio di collegamento della cittadinanza, codificato entro molti sistemi di conflitto, talvolta anche per motivi di opportunità pratica e politica⁴⁸, quali ad es. la stabilità e certezza dello statuto personale, evidenzia la necessità di riflettere in merito alle discriminazioni collegate a un criterio astrattamente considerato idoneo a corrispondere all'uguaglianza delle parti coinvolte nel rapporto da disciplinare⁴⁹, e dunque alla *rule of law* dell'Unione europea. Ciò anche alla luce della connessione tra cittadinanza ed evoluzione della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo⁵⁰. Accanto alle numerose norme di fonte internazionale che sanciscono il diritto a una cittadinanza, quale ad es. l'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, non si può non riconoscere la limitata estensione delle previsioni concernenti il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, che può ritenersi ricompreso nel generale

⁴⁵ Corte EDU, sentenza del 3 maggio 2011, ricorso n. 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*. Più in generale, per interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a supporto dell'ordine pubblico come limite al riconoscimento di decisioni estere in violazione di principi fondamentali, si veda: Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Luxembourg*; Corte EDU, sentenza del 29 aprile 2008, ricorso n. 18648/04, *Mc Donald v. France*. Sul punto, v. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2009 (341), p. 307.

⁴⁶ W. WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Revue critique*, 1963, p. 203 ss., a p. 525.

⁴⁷ Si v. sul punto *infra* par. 4.

⁴⁸ In generale sul punto, si veda P. FRANZINA, *Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 85-98.

⁴⁹ Si veda ad es. BVerfG, 30 novembre 1988, in *BverfGE*, 79, 203209: "*In der Anwendung seines Heimatrechts kann gerade keine Diskriminierung des Beschwerdeführers gesehen werden*".

⁵⁰ Sul punto, si veda la fondamentale pronuncia della Corte internazionale di giustizia, sentenza del 5 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala*, *Nottebohm*, *I.C.J. Reports*, 1955, p. 4 ss.

principio di uguaglianza sancito ad es. entro l'art. 2, par. 3 del Patto sui diritti economici e sociali del 1966. Un riferimento importante al divieto di discriminazione in base alla nazionalità è contenuto nell'art. 3 par. 3 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 (CERD)⁵¹, che pur non applicandosi "alle distinzioni, esclusioni, restrizioni o trattamenti preferenziali stabiliti da uno Stato parte della Convenzione a seconda che si tratti di propri cittadini o di non cittadini", prevede che "nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come in qualsiasi modo in contrasto con le disposizioni legislative degli Stati parti alla Convenzione e che si riferiscono alla nazionalità, alla cittadinanza o alla naturalizzazione, a condizione che tali disposizioni non siano discriminatorie nei confronti di una particolare nazionalità"⁵².

Nell'ordinamento italiano, il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza può dirsi ricompreso nell'art. 10, 2° co., della Costituzione⁵³, che si ispira ad una impostazione non discriminatoria, comune all'art. 3, 1° co., con la conseguenza che le norme e i trattati internazionali vincolanti la legge richiamata dall'art. 10 non si limitano ad assicurare uno *standard* minimo di trattamento, ma vietano qualsiasi arbitrio commesso dallo Stato nei confronti degli stranieri⁵⁴. Tale orientamento corrisponde a una tendenza diffusa all'interno delle fonti costituzionali di molti paesi europei⁵⁵, e alle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in applicazione del divieto di discriminazione codificato entro l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁶, nonché nel Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000.

Nel diritto dell'Unione europea, che opera come limite alla discrezionalità del legislatore nazionale secondo quanto prevede l'art. 117, 1° co.,

⁵¹ G.A. Res. 2106 (XX), 21.12.1965

⁵² Grazie a questa disposizione, il Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale ha talvolta censurato le distinzioni fondate sulla nazionalità che, di fatto, nascondevano una discriminazione razziale, vietata dall'art. 1, come ad es. nel caso *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danimarca*, Communication n. 10/1997, U.N. Doc. CERD/C/54/D/10/1997 (1997), par. 9.3.

⁵³ Art. 10, 2° co., Costituzione: «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

⁵⁴ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 530.

⁵⁵ Si veda ad es. in Germania *BVerfG*, 18 luglio 2006, cit., p. 243.

⁵⁶ Corte EDU, sentenza del 16 settembre 1996, ricorso n. 16213/90, *Gaygusuz c. Austria*, in cui si afferma l'incompatibilità con l'art. 14 della Convenzione europea della disciplina nazionale, che sottopone il diritto a ottenere benefici previdenziali a condizioni di reciprocità con il paese di cittadinanza dei soggetti interessati; si veda inoltre per un'analoga affermazione Corte EDU, sentenza del 30 settembre 2003, ricorso n. 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia*.

della Costituzione, la discriminazione in base alla cittadinanza è vietata attualmente dall'art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE)⁵⁷, che assicura l'uguaglianza di trattamento dei cittadini dell'Unione, ed eccezionalmente quella dei cittadini di Stati terzi, ove in possesso anche della cittadinanza di uno Stato membro⁵⁸. Da tale principio, e dall'elaborazione giurisprudenziale che ha condotto all'attuale codificazione normativa, discendono molteplici conseguenze, tra le quali innanzitutto la circostanza che il diritto dell'Unione europea riconosca, tramite le indicazioni della Corte di Lussemburgo, la regola consuetudinaria secondo la quale la cittadinanza va determinata secondo le norme dello Stato che attribuisce la cittadinanza⁵⁹.

È evidente che le regole di giurisdizione e di conflitto poste dagli atti dell'Unione europea, per essere coerenti alla *rule of law*, non potranno essere, all'atto della loro applicazione, fonte di discriminazioni vietate dall'art. 18 TFUE, ad es. per effetto del richiamo della cittadinanza con riguardo ad una sola delle parti del rapporto controverso o dalle ipotesi di coesistenza di più cittadinanze in capo allo stesso individuo.

In alcuni atti dell'Unione europea tale principio del divieto di discriminazione in base alla cittadinanza è codificato espressamente, come ad es. all'art. 94, par. 4 del Reg. 1111/2019- BII *ter*: «È fatto obbligo di rispettare il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza tra i cittadini dell'Unione europea», o nel Reg. Roma III sulla legge applicabile in materia di separazione, divorzio ove, al considerando 22, si legge «Laddove, ai fini dell'applicazione della legge di uno Stato, il presente regolamento si riferisce alla cittadinanza quale fattore di collegamento, la problematica dei casi di cittadinanza plurima dovrebbe essere disciplinata dalla legislazione nazionale, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea», o nel Regolamento successioni nell'ambito del quale, al considerando 41, si prevede che «Ai fini dell'applicazione del presente regolamento, la determinazione della cittadinanza, o delle cittadinanze, plurime di una persona è questione da risolvere in via preliminare. Considerare una persona cittadina di un dato Stato è una questione che esula dall'ambito di applicazione del presente regolamento e che è disciplinata dalla legislazione nazionale, comprese, se del caso, le convenzioni internazionali, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea».

⁵⁷ Trattato di Lisbona, cit.

⁵⁸ Come è stato riconosciuto da Corte di giustizia, sentenza del 5 luglio 1997, cause C-64/96 e C-65/96, *Land Nordrhein – Westfalen c/ Uecker e Jacquet*, ECLI:EU:C:1997:285, punto 16, con riguardo alla libertà di circolazione dei lavoratori.

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104, punto 39.

Sicuramente tali principi orientano il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato dell'UE e quindi in tali ipotesi non si potranno verificare discriminazioni, tanto più che nei casi in cui la cittadinanza rileva ad es, come criterio di collegamento nel quadro di un gruppo- es. rapporti di famiglia – gli atti dell'Unione europea tendono a richiamare la cittadinanza solo in quanto posseduta da tutti i soggetti del rapporto da disciplinare (vd. ad es. art. 8 lett. c) del Reg. Roma III, art. 3 b) del Reg. Bruxelles II *ter*, e nel caso di possesso di più cittadinanze, come già chiarito rispetto al regolamento Bruxelles II *bis*, l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di giustizia suggerisce di non privilegiare alcuna di queste cittadinanze nel noto caso *Hadadi*⁶⁰.

Si può inoltre immaginare che la necessità di rispettare la *rule of law* del diritto internazionale privato dell'Unione europea orienti anche il funzionamento delle norme nazionali, nei casi di seppur limitata residuale applicabilità: v. ad es. l'art. 36 della l. 218/95, nel caso in cui in uno stesso nucleo familiare vi siano due fratelli cittadini di Stati differenti analogamente ai loro genitori⁶¹. Le problematiche si accrescono nel caso in cui tra le cittadinanze diverse vi sia quella italiana; la prevalenza di quest'ultima, ex art. 19, 2° co., l. 218/95, potrebbe ad es. comportare una discriminazione tra il coniuge italiano e quello straniero: se il figlio acquista, come spesso accade, la cittadinanza di ciascuno dei genitori e nella disciplina del rapporto con il genitore si attribuisce prevalenza alla cittadinanza italiana, anche quando tale soluzione non sia fondata su un collegamento effettivo con l'ordinamento così individuato (ad es. la prevalente localizzazione della vita familiare), il genitore cittadino straniero sarà discriminato nella propria aspettativa di veder applicata la legge che in ipotesi risulta più effettivamente collegata alla fattispecie, e che potrebbe corrispondere anche alla migliore tutela dell'interesse del minore.

L'operatività del collegamento della cittadinanza è stata in passato oggetto di valutazione rispetto al principio di non discriminazione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso in cui ad es. una norma di conflitto tedesca riconduca alcune conseguenze del divorzio alla legge nazionale del marito⁶². La Corte ha escluso di potersi pronunciare sulla questione,

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2009, causa C 168/08, *Laszlo Hadady c. Csilla Marta Mescko Hadady*, ECLI:EU:C:2009:474.

⁶¹ Per analoghi profili problematici nell'ambito di altri sistemi di conflitto nazionali, quale ad es. quello tedesco, si v. H. HATTENHAUER, *Rechtsgeschichte. Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geistesgeschichtlichen Grundlagen des geltenden deutschen Rechts*, Karlsruhe, 1971, p. 230.

⁶² Corte di giustizia, sentenza del 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, ECLI:EU:C:1999:293. Il caso specifico riguarda la disciplina di conflitto dell'art. 17, 3° co., EGBGB relativamente a un istituto previsto dalla riforma del diritto di

essendo richiamata la nazionalità delle parti solo quale fattore di collegamento delle norme di diritto internazionale privato, e dunque in un ambito estraneo all'applicazione del Trattato⁶³.

Più specificamente, all'atto dell'applicazione del regolamento sulla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione e al divorzio⁶⁴, pare ipotizzabile un controllo delle norme di conflitto nazionali incompatibili con il divieto di discriminazione per effetto del richiamo del collegamento della cittadinanza in riferimento a un solo coniuge. Infatti, oltre alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia UE in merito alla sindacabilità delle norme di conflitto nazionali rispetto alla loro corrispondenza al divieto di discriminazione⁶⁵, pare opportuno considerare la rilevanza, quale possibile pa-

famiglia tedesco, il *Versorgungsausgleich*, introdotto con l'*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*, del 14 giugno 1976, in vigore dal 1° luglio 1977, che ha modificato i parr. 1587-1587p BGB, regolanti il conguaglio avente ad oggetto le prestazioni relative ad invalidità lavorativa, professionale o di vecchiaia, attuabile in caso di divorzio, a carico del coniuge che vanta aspettative o previsioni ad una prestazione soggetta ad *Ausgleich* di valore più elevato. Secondo quanto prevede il par. 1587a, 1° co., BGB, al coniuge creditore spetta, a titolo di *Ausgleich* (conguaglio), la metà della differenza di valore. Secondo la disciplina dell'art. 17, 3° co. EGBGB, si applica al *Versorgungsausgleich* la legge applicabile al divorzio, qualora però tale istituto sia previsto dal diritto nazionale di almeno uno dei coniugi; in caso contrario, il giudice tedesco potrà applicare il *Versorgungsausgleich* su richiesta di uno dei coniugi nella misura in cui si siano creati dei rapporti patrimoniali derivanti dal patrimonio in Germania. Sul punto, si veda A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000 (283), pp. 9-186, a p. 136 e ss.

⁶³ Corte di giustizia, *Jutta Johannes*, cit., punto 27. Su tale decisione, in senso critico si v. F. RIGAUX, "*Versorgungsausgleich*" and Art. 12 EC: Discriminations based on the Nationality and German Private International Law, in *IPRax*, 2000, pp. 287-288.

⁶⁴ Regolamento n. 1251/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in GUUE L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Si veda in generale sul punto: S. BARIATTI, C. RICCI, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-609; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; A. RÖTHEL, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 883-898.

⁶⁵ Si veda in tal senso la sentenza della Corte di giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-214/94, *Ingrid Boukhalfa*, ECLI:EU:C:1996:174, punto 19: nel caso, si tratta del confronto con il divieto di discriminazione della disciplina di conflitto tedesca in materia di servizio presso le rappresentanze diplomatiche all'estero, che distingue tra personale di cittadinanza tedesca e di altre nazionalità, applicando ai primi il diritto tedesco e i contratti collettivi in vigore in Germania, e ai secondi il diritto in vigore nello Stato ospitante. La Corte riconosce l'esistenza del problema di compatibilità della norma di conflitto con il divieto di discriminazione, poiché l'applicazione del diritto algerino al caso di specie avviene

rametro di controllo, della previsione del collegamento della cittadinanza nell'ambito del già ricordato regolamento c.d. Roma III, o se riferito a entrambi i coniugi (art. 8), ovvero con riguardo a uno solo di essi, ma soltanto se oggetto della scelta consapevole da parte dei coniugi stessi (art. 5)⁶⁶.

3.2. *Residenza abituale*

L'Unione europea in forza delle competenze relative alla "cooperazione giudiziaria in materia civile" ha manifestato nel corso del processo di codificazione del diritto internazionale privato e processuale una netta preferenza per il collegamento della residenza abituale⁶⁷.

Tale collegamento opera, a seconda dei casi: come titolo attributivo della giurisdizione, spesso in via concorrente con altri titoli (tra i quali anche la cittadinanza)⁶⁸; come criterio per la determinazione, in chiave bilaterale, della legge applicabile alla fattispecie,⁶⁹ talvolta associato alla cittadinanza tramite una scelta di legge dell'interessato, volta a preservare l'identità culturale del soggetto⁷⁰; più raramente, come parametro di competenza c.d. internazionale per la verifica della riconoscibilità di provvedimenti stranieri⁷¹. Si tratta dunque di un criterio ampiamente utilizzato in

in forza della norma di conflitto tedesca.

⁶⁶ S. BARIATTI, *Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Tentative Answers*, *Yearbook of Private International Law*, 2011, vol. XIII, pp. 1-19, p. 14.

⁶⁷ Sull'uso del criterio della residenza abituale nel diritto internazionale privato dell'Unione, vedi di recente, in generale, M.-P. WELLER, B. RENTSCH, "Habitual Residence": A Plea for "Settled Intention", in S. LEBLE (a cura di), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 171 ss.

⁶⁸ V. ad esempio l'art. 7, par. 1, del regolamento (UE) n. 1111/2019 del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e alla sottrazione internazionale di minori, ai sensi del quale "[l]e autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi".

⁶⁹ È il caso, per esempio, dell'art. 26, par. 1, lett. a), del regolamento (UE) 2016/1103 del 24 giugno 2016 sui regimi patrimoniali tra coniugi, che richiama – quale primo criterio di collegamento obiettivo – la "prima residenza abituale dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio".

⁷⁰ Si veda ad es. l'art. 22, par. 1, del regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 sulle successioni, che permette all'interessato di «scegliere come legge che regola la sua intera successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte». La *professio iuris*, se valida, comporta l'evizione del criterio di collegamento obiettivo di cui all'art. 21, par. 1, del regolamento, secondo cui «la legge applicabile ... è quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte».

⁷¹ V. l'art. 20, par. 1, lett. c), della convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 sul recu-

nome di una particolare visione politico- giuridica degli individui coerentemente con il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza (art. 18 TFUE).

Varie sono le ragioni che spiegano la prevalenza della residenza abituale nel diritto internazionale privato contemporaneo⁷², e non solo per effetto della c.d. “comunitarizzazione del diritto internazionale privato”, ma anche come conseguenza derivante dal declino della cittadinanza per effetto della codificazione delle Convenzioni dell’Aja del secondo dopoguerra, che, soprattutto in materia di *status* e rapporti di famiglia, preferiscono altri criteri di collegamento quale ad es. la residenza abituale⁷³. Tra le ragioni che supportano l’ampia diffusione del collegamento della residenza, ricorrono sicuramente quelle legate a trasformazioni sociali e politiche oggetto del dibattito sull’acquisto della cittadinanza, e riconducibili in ultima analisi al principio di prossimità⁷⁴, che fonda la ricerca della legge applicabile tramite la connessione più rilevante della fattispecie oggetto di controversia, in modo tale da pervenire all’applicazione della legge del paese con cui la fattispecie presenta i legami più intensi e significativi, comportando, da un lato, l’abbandono di criteri che denotano una connessione solo formale della situazione considerata, e, dall’altro lato, la flessibilità applicativa che eviti il rischio di applicare la legge di un ordinamento lontano dalla fattispecie⁷⁵.

Si tratta peraltro di un corollario della nuova concezione del diritto internazionale privato, che soprattutto in materia di rapporti di famiglia privilegia la fluidità delle relazioni piuttosto che la loro fissità⁷⁶; il passaggio dalla cittadinanza alla residenza è emblematico del passaggio da una famiglia fondata sulla indissolubilità del matrimonio ad una famiglia fluida, o variabile nel tempo, rispetto alla quale il divorzio è favorito in quanto funzionale alla circolazione e alla vita sociale delle persone.

però internazionale degli alimenti, nel sito <http://www.hccb.net>, a norma del quale una decisione resa in uno Stato contraente è riconosciuta negli altri Stati contraenti se il primo di detti Stati è lo Stato in cui si trovava la residenza abituale del creditore di alimenti.

⁷² Si v. sul punto L. D’AVOUT, *La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle*, in *Mélanges Bernard Audit*, Paris, 2014, p. 15 e ss.; B. RENTSCH, *Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt*, in *ZEuP*, 2015, p. 288 e ss.

⁷³ Come ad es. la Convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sulla vendita internazionale di merci, la Convenzione dell’Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, la Convenzione dell’Aja del 15 aprile 1958 sul riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari. Si v. sul punto D.F. CAVERS, *‘Habitual Residence’: a Useful Concept?*, in *AULR*, 1972, p. 476 e ss.; D. MASMEJEAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Genève, 1994, p. 83.

⁷⁴ P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain – Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours* 1986 (vol. 196), p. 50.

⁷⁵ P. FRANZINA, *Sangue, suolo e cultura*, cit., p. 87.

⁷⁶ E. PATAUT, *La nationalité en déclin*, Paris, 2014, p. 38 e ss.

Si delinea così una *rule of law* finalizzata alle libertà fondamentalmente garantite entro l'Unione europea a cittadini e residenti e che incide in maniera innegabile sulle regole di diritto internazionale privato e sulla loro interpretazione.

L'identità del singolo non è più definita dagli *status* individuali o di gruppo creati aprioristicamente dal diritto degli Stati in un'epoca caratterizzata da migrazioni globali, ma piuttosto dall'integrazione sociale volta a supportare l'esercizio dei diritti fondamentali⁷⁷. La trasformazione dei rapporti fra Stato e individuo produce così identità individuali e collettive alternative all'identità nazionale, togliendo a quest'ultima buona parte del rilievo in precedenza accordatole.

Appare prevalentemente accettato un concetto di appartenenza fondato sulla residenza, che, per intensità e dimensione, giunge quasi ad acquisire il valore di "cittadinanza di residenza" o di "cittadinanza civile o civica"⁷⁸, e che attribuisce prerogative e diritti in connessione con la creazione di un legame di residenza con lo Stato ed in armonia con il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità affermato anche dall'art. 18 TFUE.

La residenza rappresenta pertanto il criterio di collegamento prescelto per rappresentare valori e obiettivi dell'integrazione perseguita dall'Unione europea coerentemente ai principi della *rule of law*. Tale coerenza deriva anche dalle indicazioni applicative di tale collegamento, tratte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, volte ad es. ad assicurare che tramite l'operatività della residenza del *de cuius* non si infranga un principio fondamentale della *rule of law* europea, quale il principio di unità della successione⁷⁹.

4. Ordine pubblico e rule of law

Un altro modo per indagare la rilevanza della *rule of law* nel diritto internazionale privato dell'Unione europea riguarda i limiti all'ingresso dei valori giuridici stranieri entro gli ordinamenti dei singoli Stati.

Si tratta di un limite che va ad inserirsi entro quanto già previsto dagli

⁷⁷ E. DARIAN-SMITH, *The Constitution of Identity – New Modalities of Nationality, Citizenship, Belonging and Being*, in A. SARAT, P. EWICK (a cura di), *The Handbook of Law and Society*, Chichester, 2015, 352 s.

⁷⁸ B. NASCIBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveaux statuts de résidents?*, in *Recueil des Cours*, 2013, 367, pp. 253 – 454, a p. 274.

⁷⁹ Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2020, causa C-80/19, *E. E.*, ECLI:EU:C:2020:569.

ordinamenti dei singoli Stati membri, tenendo conto dei principi generali della *rule of law* nazionale. Ad es. l'art. 6 EGBGB precisa che le norme straniere non sono applicabili qualora si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento e i diritti fondamentali⁸⁰.

La *rule of law* dell'Unione europea esercita un'influenza particolare in questo ambito, aprendo una serie di complesse problematiche, anche alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali⁸¹. Il diritto dell'Unione europea codifica l'operatività dell'ordine pubblico come limite all'ingresso di sentenze straniere negli ordinamenti nazionali solo in caso di manifesta incompatibilità, dando così per presupposto che tra gli ordinamenti degli Stati membri vi sia una sostanziale coerenza di principi generali che non pone problemi di contrasto se non in casi manifestamente incompatibili. Inoltre la "comunitarizzazione dell'ordine pubblico"⁸², conduce ad affermare che il concetto di ordine pubblico nazionale è destinato a subire i condizionamenti e le limitazioni posti dalla legislazione comunitaria⁸³. Al contempo, il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di uno Stato membro può essere invocato per derogare alle norme europee sulla libera circolazione, sempre che tale diritto sia riconosciuto anche en-

⁸⁰ Par. 6 EGBGB: «1Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. 2Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist». Sul punto si v. A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1993 (239), pp. 9-116, a p. 52.

⁸¹ Corte di giustizia, sentenza del 16 gennaio 2019, causa C-386/17, *Liberato c. Grigorescu*, ECLI:EU:C:2019:24; Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M. A. c. Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008. Sul riconoscimento di un certificato di nascita da procreazione medicalmente assistita per la figlia di due donne (una bulgara, l'altra inglese di Gibilterra ivi sposate) nata in Spagna. Nel certificato spagnolo entrambe le donne sono indicate come madri ma la Bulgaria si rifiutava di rilasciare un certificato di nascita con tale indicazione; dopo vari ricorsi la Corte si pronuncia, affermando che nella nozione di discendente ai fini della direttiva 2004/38 deve essere ricompreso il figlio di una cittadina UE (poco importa Brexit per l'altra) a tutela dei diritti fondamentali del minore (art. 7, 24 e 45 della Carta UE). Come già nel caso *Coman* (per la nozione di coniuge) la Corte sembra scindere i piani del diritto UE per il quale devono essere assicurate certe prerogative tramite il riconoscimento e quello dei diritti nazionali rispetto ai quali e al limite di ordine pubblico la Corte non si pronuncia.

⁸² G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 76.

⁸³ Corte di giustizia, sentenza dell'1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*, ECLI:EU:C:1999:269, punto 36. Sul punto si v. F. BIAGIONI, *Art. 21, Ordine pubblico del foro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, Nuove leggi civ. comm., 3-4, pp. 911-919.

tro l'ordinamento europeo, in quanto espressione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o di principi codificati nella Carta dell'Unione europea dei diritti fondamentali, nonché entro la Convenzione europea sui diritti dell'uomo⁸⁴.

Tale procedimento si rivela tuttavia incerto sin dalle sue premesse, dato che nelle applicazioni pratiche dell'ordine pubblico entro i singoli ordinamenti nazionali, la *rule of law* appare di difficile definizione, in quanto fondata su presupposti diversi⁸⁵.

Negli esiti dell'operatività di tale principio si può leggere una conferma di tale complessa definizione della *rule of law*, nel momento in cui la rilevanza dei diritti umani dovrebbe orientare il principio del riconoscimento degli *status* in chiave correttiva del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato ogni qual volta la loro applicazione condurrebbe ad un esito incompatibile con l'esercizio delle prerogative discendenti dalla cittadinanza europea⁸⁶. Il riconoscimento degli *status* individuali entro il diritto internazionale privato dell'Unione europea non si ritiene dunque un metodo idoneo ad individuare la disciplina degli *status* che possa corrispondere alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali in maniera assoluta, ma solo in quanto finalizzato ad integrare le norme di conflitto introdotte dalle Istituzioni europee⁸⁷, anche alla luce degli obblighi degli Stati membri di rispettare le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁸. La cittadinanza europea influisce dunque sulla riconoscibilità degli *status* ai

⁸⁴ Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenauftsellungs GmbH*, ECLI:EU:C:2004:614, punto 33; Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *Taricco*, ECLI:EU:C:2017:936.

⁸⁵ Tale è ad es. il caso dei ripudi islamici diversamente valutati da Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, in *Riv. Dir. int.*, 2020, 1226 e ss.; da Cass., 14 agosto 2020, n. 17170, *RIPP*, 2021, 352; Cass., 8 marzo 2023, n. 6920, *FD*, 2023, 1086.

⁸⁶ O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientate" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 e ss.

⁸⁷ F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 2018 (395), pp. 9-198.

⁸⁸ Come accaduto nel caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 20 luglio 2001, ricorso n. 30882/96, *Pellegrini c. Italia*. Su tale sentenza si veda: C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 955 e ss.; J.P. COSTA, *Cour eur. Dr. H. 2e section, 20 juillet 2001, Pellegrini c. l'Italie, Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle de droit homme*, 2002, p. 463 e ss.; F. POCAR, *Notes on the Pellegrini Judgment of the European Court of Human Rights*, in *Liber Memorialis Petar Sarcovic*, Munchen, 2006, pp. 575-581; P. KINSCH, *Le rôle du politique en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2019 (402), pp. 9-384.

fini della tutela di diritti fondamentali solo in quanto tale riconoscimento sia funzionale all'attuazione dei principi propri della *rule of law* europea.

Ancora più problematica appare la codificata attenuazione dell'ordine pubblico rispetto all'ingresso della legge straniera nei Regolamenti che individuano la legge applicabile alle fattispecie transnazionali con efficacia erga omnes, dal momento che, in questo caso, la coerenza dei principi fondamentali sottesi agli ordinamenti in conflitto è ancor più teorica di quanto sia nei rapporti tra gli Stati dell'Unione con riguardo alla circolazione delle sentenze straniere.

5. Osservazioni conclusive

La *rule of law* del diritto internazionale privato dell'Unione europea è un tema in continuo divenire.

Si basa su principi generali, quali la certezza del diritto, la tutela delle aspettative delle parti, il divieto di discriminazione, l'esercizio delle libertà fondamentali, ma si scontra con i limiti propri della logica connaturata al sistema del diritto dell'Unione europea. La finalizzazione di regole e procedimenti al "*culte des libertés économiques*"⁸⁹ non pare in tal senso idonea a garantire una *rule of law* priva di contraddizioni, nonostante le rilevanti affermazioni della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, rivolte a rendere effettivi i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Un esempio di tale contraddizione è l'operare del limite di ordine pubblico, che, come si è visto, anche quando si fonda su aspetti protettivi delle posizioni individuali, non può discostarsi dai principi propri del diritto dell'Unione europea, ad es. quelli rivolti a riconoscere lo stato di figlio ai fini della circolazione dei cittadini dell'Unione europea, rimettendo così al diritto internazionale privato di fonte nazionale le problematiche più ampiamente connesse alla circolazione degli *status*.

Si delinea dunque una *rule of law* che varia nelle singole applicazioni giurisprudenziali e non appare sempre del tutto coerente agli obiettivi del diritto internazionale privato, per natura rivolto a mediare tra culture diverse e a cercare conciliazioni funzionali a obiettivi complessi, che considerino le prerogative individuali in un contesto di più generale armonia internazionale delle soluzioni.

⁸⁹ Y. LEQUETTE, *Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?*, in *Recueil des Cours*, 2016 (387), pp. 9-644, a p. 628.

ABSTRACT

Rule of Law and private international law of the European Union

This paper delves into the intersection of the rule of law and private international law within the European Union (EU) framework. It examines the challenges in aligning private international law rules with the principles of the rule of law, focusing on aspects such as legal certainty, predictability, and access to justice. The paper analyzes specific EU regulations on jurisdiction, recognition of judgments, and choice of law, highlighting potential conflicts with national legal systems. It also explores the role of the Court of Justice of the European Union in ensuring the uniform application and interpretation of these rules, promoting the rule of law in the context of private international law.

PARTE II

IMMIGRAZIONE E SICUREZZA INTERNA

ALCUNE POSSIBILI CRITICITÀ NELL'ATTUAZIONE DEL NUOVO PATTO EUROPEO SULL'IMMIGRAZIONE E L'ASILO

Marco Borraccetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nuova *governance* della migrazione e dell'asilo. – 3. Il nuovo meccanismo di solidarietà. – 4. La tutela dei diritti tra la procedura di frontiera e la protezione internazionale. – 5. Per concludere.

1. *Introduzione*

L'attesa per l'adozione del nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo è durata sino al termine della legislatura, con l'adozione con una logica “a pacchetto” delle disposizioni ad esso collegate. L'accelerazione finale trova giustificazione nella volontà di evitare un fallimento che sarebbe stato simbolo dell'incapacità dell'Unione di gestire una delle maggiori sfide politiche europee, con evidenti ripercussioni anche a livello statale¹. Il Patto ha sin dall'origine rappresentato il piano strategico della Commissione europea per lo sviluppo della politica sull'immigrazione e l'asilo negli anni a venire, soprattutto per superare i criteri fino ad ora in vigore per la gestione dell'asilo, da un lato, e per il contrasto all'immigrazione irregolare, dall'altro².

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna.

¹ P. DEBRUYCKER, *Genealogy of and futurology on the pact on migration and asylum*, in *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, in *Eumigrationlawblog.eu*.

² Tra gli altri, si vedano i commenti a suo tempo compiuti da P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, ne *I Post di AISDUE*, II, 2020, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*; D. THYM, *European realpolitik: legislative uncertainties and operational pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *Eumigrationlawblog.eu*; A. LIGUORI, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2021, pp. 1-18; oltre a quelli più recenti di A. DI PASCALE, *Verso l'adozione del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?*, in *eurojus.eu*; D. VITIELLO, *L'ultimo atto: il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è (quasi) legge*, in *ADiM Blog*; C. LECLERCQ, *Nouveau pacte européen pour la migration et l'asile : accès à la protection internationale en péril, la réinstallation comme contrepoids au durcissement des mesures aux frontières?*, in *Cahiers de l'EDEM*, gennaio 2024; P. DE PASQUALE, *Tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare: il Nuovo (ma non troppo) Patto per la migrazione e l'asilo*, in *Diritto pubblico compa-*

Come noto, dal punto di vista formale parliamo di una comunicazione della Commissione, la cui pubblicazione era stata accompagnata, tra gli altri, da una serie di proposte di atti legislativi, tra le quali spiccava quella del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione (RGAM)³, che ha formalizzato il legame tra questi due profili della politica europea, guardando ad una loro gestione comune e – per questo – proponendo l'adozione dell'atto con una doppia base giuridica⁴. Pur se l'efficacia delle scelte compiute potrà essere valutata solo nei prossimi anni, visto che gli atti avranno decorrenza dal 1° luglio 2026, vi sono alcuni profili critici che meritano da subito una certa attenzione.

Innanzitutto, l'organizzazione che emerge dalle disposizioni approvate, appare particolarmente complessa e farraginoso, andando in una direzione opposta rispetto all'auspicata semplificazione.

In secondo luogo, la parte sulla solidarietà, pur rendendo effettivo l'art. 80 TFUE, prevede un meccanismo che lascia un margine di discrezionalità agli Stati sul supporto da dare a quelli che si troveranno investiti da un rilevante afflusso di persone, siano o meno richiedenti asilo. Inoltre, pur se la Commissione ha ribadito il superamento del cosiddetto Sistema Dublino, questo risulterà vero solo formalmente⁵ visto che, nonostante sia prevista l'abrogazione del regolamento Dublino III, il suo contenuto permane all'interno del regolamento sulla gestione dell'immigrazione e dell'asilo⁶. Le minime innovazioni ai criteri per individuare la competenza statale ed il

rato ed europeo, 1/2024, pp. 5-15.

si aggiungano anche gli speciali *New Migration Pact* e *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact* in eumigrationlawblog.eu e *Focus* "La proposta di Patto su immigrazione e asilo" in aisdue.eu.

³ Regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013 (cd. RGAM).

⁴ Sul punto si rinvia a C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020, p. 3, che opportunamente sottolinea come questo approccio ignori le posizioni di segno opposto del Parlamento europeo e del Comitato delle Regioni. J.-Y. CARLIER, *Libres propos sur l'Espace de liberté, de sécurité et de justice: du droit international privé à la politique migratoire européenne*, in *rivista.eurojus.it*, 3/2024, oltre al dato formale, rappresenta anche la confusione che può essere indotta dall'uso della parola Patto, sia con riferimento ad un'avvenuta codificazione, cosa invero ben lontana dall'essere avvenuta, che guardando al piano internazionale, ove esiste il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. Nel merito, in conclusione ritiene possibile che l'esperienza del diritto internazionale privato possa costituire un modello per lo sviluppo normativo della politica europea della migrazione e dell'asilo, guardando all'elemento centrale della protezione delle persone.

⁵ Secondo P. DEBRUCKER, cit., «The Commission tried in full bad faith to argue that Dublin was abrogated but this is only true from a purely formal legal point of view».

⁶ Artt. 24-33 del RGAM, cit.

funzionamento dei criteri di trasferimento dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, non sono tali da modificare i principi di base tutt'ora esistenti, che vedono nello Stato membro di primo ingresso quello responsabile per le domande di protezione internazionale presentate sul proprio territorio⁷.

Un terzo punto, sulla tutela dei diritti, verte sulla procedura di frontiera che, pur divenendo obbligatoria per gli Stati membri, sembra formalizzare pratiche già esistenti ma che ora dovranno concludersi in brevissimo tempo. Attraverso di essa si dovrà provvedere all'identificazione delle persone entro sette giorni⁸ per avviarle alla corretta procedura, sia essa legata all'asilo o all'allontanamento, con le conseguenze che potrebbero derivare dall'assenza di formali provvedimenti di identificazione, idonei ad essere oggetto di impugnazione⁹.

2. La nuova governance della migrazione e dell'asilo

Le disposizioni introdotte dal nuovo regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione introducono un nuovo sistema di gestione, e di *governance*, della migrazione e dell'asilo, che sembra fondato sull'aspirazione dell'Unione europea a pianificare attivamente ogni aspetto del fenomeno migratorio e a non dover agire "inseguendo gli eventi"¹⁰. In tale contesto si inseriscono gli obblighi che incombono sugli Stati membri e sulla Commissione.

⁷ Rilevano sul punto gli artt. 32-33 RGAM; si può quindi notare che, anche in questa circostanza, non ha trovato seguito la proposta del Parlamento europeo che, nel 2016, aveva auspicato una gestione di tali richieste centralizzata a livello europeo.

⁸ Art. 8.3 del Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817* (cd. regolamento *screening* o regolamento accertamenti).

⁹ Si pensi ad esempio al modulo consuntivo previsto dall'art. 17 del regolamento *screening*, cit., che prevede che «le informazioni contenute sono registrate in modo tale da poter essere riesaminate in sede amministrativa e giudiziaria nel corso di qualsiasi successiva procedura di asilo o di rimpatrio». L'eventuale contestazione della procedura da seguire andrebbe compiuta in un secondo momento, solo una volta che avrà avuto inizio quanto deciso dalle autorità di frontiera.

¹⁰ Sul punto si pensi alle disposizioni del RGAM, cit., dedicate all'approccio globale alla gestione dell'asilo e della migrazione (art. 3) ed al tentativo di individuarne le componenti interne (art. 4) ed esterne (art. 5). L'inseguire gli eventi assume inevitabilmente le caratteristiche del diritto dell'emergenza, il cui legame con il Patto è sottolineato, sin dai tempi della proposte presentate dalla Commissione, da P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2020, pp. 5-16.

I primi dovranno predisporre delle strategie nazionali «intese a stabilire un approccio strategico che garantisca loro la capacità di attuare efficacemente il loro sistema di gestione dell'asilo e della migrazione»¹¹ guardando alla peculiarità geografica in cui si trovano. La strategia nazionale sarà il risultato della consultazione, oltre che con la Commissione, anche con le autorità locali e regionali e dovrà contenere almeno tre elementi: le misure preventive che si reputano idonee a ridurre il peso della pressione migratoria; le informazioni sulle modalità di attuazione dei principi indicati e di adempimento degli obblighi che ne derivano; infine, le informazioni relative al recepimento di quanto emerso dal monitoraggio compiuto dall'agenzia della guardia di frontiera e costiera europea e dall'agenzia per l'asilo sul rispetto dei diritti fondamentali¹² e sul rispetto *dell'acquis* Schengen¹³. Una volta predisposte, le strategie nazionali dovranno essere inviate alla Commissione sei mesi prima dell'adozione della «strategia europea di gestione dell'asilo e della migrazione a lungo termine»¹⁴.

Se agli Stati è stato richiesto un approccio strategico dalla durata limitata, quella europea sarà una strategia di lungo periodo, che dovrà svilupparsi nell'arco di cinque anni. Il lavoro della Commissione sarà particolarmente complesso, dovendo prendere in considerazione tutte le strategie nazionali, ma anche relazioni e analisi dei pertinenti organi e organismi dell'Unione, *in primis* le agenzie quali quella per l'asilo, quella della guardia di frontiera e costiera e quella per i diritti fondamentali.

La strategia europea che ne deriverà dovrà assicurare l'attuazione coerente di quelle nazionali, avrà un valore meramente politico, visto che la disposizione nega espressamente la sua efficacia giuridica vincolante¹⁵ e, una volta predisposta, sarà inviata al Parlamento europeo e al Consiglio.

L'impegno e il coinvolgimento di tutti i soggetti individuati dalle disposizioni richiamate richiede una particolare cooperazione affinché gli obblighi del RGAM siano esauditi; inoltre, la descritta interazione richiederà una sorta di metodo di coordinamento tra Commissione e Stati membri che, come è stato sottolineato, non è propriamente una novità visto che richiama quanto la stessa Commissione aveva ipotizzato in passato, pur senza successo¹⁶.

¹¹ Art. 7.1 del RGAM, cit.

¹² Art. 10 del Regolamento accertamenti, cit.

¹³ Si vedano gli artt. 5 e 6 del Regolamento (UE) 2022/922 del Consiglio del 9 giugno 2022 *sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e di monitoraggio per verificare l'applicazione dell'acquis di Schengen, che abroga il regolamento (UE) n. 1053/2013*, in *GU L* 160 del 15 giugno 2022, pp. 1–27.

¹⁴ Art. 8 del RGAM, cit.

¹⁵ Art. 8.1 RGAM, ultima frase.

¹⁶ In merito, P. DEBRUCKER, cit., «This interaction between the national and European

All'appuntamento quinquennale della strategia europea si affianca quello legato al ciclo annuale di gestione della migrazione, che richiede la predisposizione di una relazione europea sulla gestione dell'asilo e della migrazione, con l'obiettivo di valutare «la situazione in materia di asilo, accoglienza e migrazione nei 12 mesi precedenti e gli eventuali sviluppi e fornisce un quadro situazionale strategico del settore della migrazione e dell'asilo che funga anche da strumento di allarme rapido e di sensibilizzazione per l'Unione»¹⁷.

La sua predisposizione ad opera della Commissione coinvolgerà a fini informativi e di conferimento di analisi e dati, oltre agli Stati membri, almeno il Servizio europeo per l'azione esterna, l'Agenzia per l'asilo, l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, Europol e l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. Nel corso della preparazione della relazione, si dovrà necessariamente tenere conto della sua natura che si discosta dall'essere meramente informativa, visto che potrebbe costituire uno strumento di allarme rapido. Per questo, prima della sua definitiva adozione, la Commissione convocherà – con finalità consultiva - una riunione del meccanismo dell'UE di preparazione e gestione delle crisi connesse alla migrazione¹⁸, per procedere poi ad una successiva convocazione per la valutazione consolidata della situazione.

L'impostazione seguita dal RGAM costituisce una novità rispetto ad una gestione generale e non specificamente settoriale, ma non è del tutto nuova. Infatti, le due strategie – unitamente al ciclo annuale di gestione della migrazione – richiamano alla mente i rapporti ciclici legati al Codice Frontiere Schengen ed alla gestione delle frontiere¹⁹.

Una volta appurata l'esistenza di una pressione migratoria, sarà – ancora una volta – la Commissione a individuare, attraverso una decisione di

levels will lead to a kind of method of coordination between the EU and its Member States that the Commission had proposed without success twenty years ago».

¹⁷ Art. 9.1 del RGAM, cit.

¹⁸ Raccomandazione (UE) 2020/1366 della Commissione del 23 settembre 2020 *su un meccanismo dell'UE di preparazione e di gestione delle crisi connesse alla migrazione (programma di preparazione e di risposta alle crisi nel settore della migrazione)*, in GU L 317 dell' 1 ottobre 2020, pp. 26-38.

¹⁹ 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) (codificazione)*, in GUUE L 77 del 23 marzo 2016, pp. 1-52 (cd. CFS), in particolare agli artt. 39, 42 e 43, oltre che regolamento sul meccanismo di monitoraggio e valutazione Schengen, cit. Sul punto P. DEBRUCKER, cit., osserva come il modello ricordi anche il sistema di coordinamento proprio della politica economica o ancora, pur se ad uno stadio iniziale, il modello della politica europea sull'impiego che assegna un ruolo particolarmente presente al Consiglio.

esecuzione²⁰ anch'essa adottata su base annuale, quali Stati siano ad essa soggetti, quali a rischio e quali in una situazione significativa.

Inoltre, la relazione annuale della Commissione sarà essenziale per l'istituzione della riserva annuale di solidarietà, che rispecchia le esigenze previste dagli Stati membri soggetti a pressioni migratorie e necessaria per affrontare la situazione migratoria nell'anno successivo «in un modo equilibrato ed efficace».

Infine, gli artt. 13 e 14 RGAM istituiscono due nuove strutture - una di elevato livello politico, l'altra di livello tecnico - da inserire nella *governance* dell'asilo e della migrazione, e in particolar modo dell'attuazione del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE. Il Forum dell'UE di alto livello sulla solidarietà risulterà composto dai rappresentanti dei governi e presieduto dallo Stato che esercita la presidenza semestrale del Consiglio; il suo compito, esplicitato all'inizio del primo comma dell'art. 13, sarà quello di garantire l'efficace attuazione delle misure riguardanti la solidarietà: in pratica, una camera di compensazione ove si auspica andranno a dissolversi gli eventuali e probabili ostacoli di natura politica che potrebbero sorgere nel corso degli anni.

Al contempo, non viene trascurata la dimensione internazionale e, quindi, nell'ottica di tale collaborazione, saranno invitati a partecipare ai lavori, ed eventualmente contribuire con misure di solidarietà, anche gli Stati terzi che hanno concluso con l'Unione un accordo sui criteri e i meccanismi per determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale²¹.

Diversamente, il forum di livello tecnico avrà l'obiettivo di garantire il funzionamento delle misure di solidarietà e sarà presieduto dal coordinatore europeo della solidarietà. Esso sarà composto da rappresentanti statali "a un livello gerarchico sufficientemente alto per svolgere i compiti assegnatigli", cosa che implica non solo una capacità di coordinamento, ma anche il potere di impegnare lo Stato che rappresentano ai fini dell'esecuzione delle misure di solidarietà.

In merito va segnalato un elemento particolarmente problematico: ad eccezione della clausola che prevede le classiche azioni di monitoraggio e valutazione dell'attuazione concreta delle misure di solidarietà, e al di là della funzione di monitoraggio attribuita all'agenzia sull'asilo, le disposizioni relative al ciclo annuale ed alle strategie mancano della previsione di momenti di rapporto e valutazione che ne riguardino l'andamento;

²⁰ Art. 11 RGAM, cit.

²¹ A titolo esemplificativo, si nota come un accordo ispirato al Protocollo del 6 novembre 2023 tra l'Italia e l'Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, non porterebbe al coinvolgimento nel forum dello Stato terzo interessato.

un'attività che va oltre anche l'appuntamento annuale di valutazione con il Comitato per le gestioni della crisi. Una lacuna che differisce con quanto previsto, ad esempio, nel sistema Schengen, ove il meccanismo di valutazione porta a raccomandazioni seguite da una fase di monitoraggio che ne verifichi l'effettiva attuazione, attraverso il coinvolgimento annuale del Consiglio nella discussione e nella predisposizione di eventuali rapporti sullo stato di attuazione del percorso da seguire²².

Si può dunque affermare che il quadro descritto evidenzia come l'idea di gestione che emerge dal regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione vada oltre la tradizionale adozione di uno strumento legislativo, con un indirizzo particolarmente dettagliato sul piano pratico dello sviluppo della politica in questione; inevitabilmente, l'evoluzione del ciclo annuale sarà condizionata dall'atteggiamento – proattivo o meno - che porrà in essere il Consiglio nei confronti degli Stati membri, con particolare attenzione ai governi che si dimostreranno più riluttanti alla collaborazione richiesta in nome della solidarietà tra Stati.

3. Il nuovo meccanismo di solidarietà

La politica europea sull'immigrazione e l'asilo dovrebbe essere, come noto, «governata dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario»²³ (art. 80 TFUE). In concreto, si è avuta una difficoltà crescente all'applicazione di tale principio per una diffusa resistenza degli Stati membri non esposti direttamente agli arrivi a farsi carico della gestione di coloro giunti per vie non regolari²⁴.

Le dichiarazioni della Presidente von der Leyen avevano inevitabilmente creato delle aspettative quando era stato annunciato un nuovo corso del-

²² Rileva, sul punto, oltre al Regolamento sul meccanismo di valutazione e monitoraggio Schengen, cit., anche la Comunicazione della Commissione del 16 aprile 2024, *Relazione sullo stato di Schengen 2024*, COM(2024) 173 final.

²³ Sul principio di solidarietà come previsto dall'art. 80 TFUE si vedano, tra gli altri, G. MORGESE, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; D. THYM, L. TSOURDI, *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: constitutional and operational dimensions*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 5/2017, p. 605; L. MARIN, *Waiting (and Paying) for Godot: analyzing the systemic consequences of the solidarity crisis in EU asylum law*, in *European journal of migration and law*, 1/2020, p. 60.

²⁴ Sul rapporto tra l'art. 80 TFUE e l'art. 2 TUE si rinvia a G. MORGESE, *La 'nuova' solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *federalismi.it*, *Focus Human Rights*, 28 dicembre 2020, pp. 18-19.

la solidarietà tra Stati membri, dettato dall'aspirazione di includere l'equità quale «parte integrante del sistema di asilo dell'UE, tenendo conto della diversità delle problematiche inerenti alle diverse ubicazioni geografiche e garantendo che tutti contribuiscano attraverso la solidarietà, affinché le reali esigenze create dagli arrivi irregolari di migranti e di richiedenti asilo non siano gestite da singoli Stati membri lasciati a sé stessi»²⁵.

Per questo, il RGAM introduce l'elemento della solidarietà obbligatoria, pur se caratterizzato da una certa flessibilità²⁶: infatti, gli Stati membri potranno scegliere tra tre tipi di misure quali il ricollocamento di richiedenti asilo, il versamento di contributi finanziari per progetti destinati alla gestione di queste persone in altri Stati membri, oppure il ricorso a misure alternative su richiesta specifica degli Stati beneficiari, il cui valore finanziario dovrà comunque essere precisato per renderlo comparabile e compatibile con le due misure precedenti²⁷.

Inevitabilmente, la valutazione positiva del nuovo meccanismo dipenderà dalla capacità di assicurare agli Stati più esposti un'effettiva solidarietà, sì che – al contempo – assolvano compiutamente agli obblighi che derivano dal nuovo quadro giuridico, come nel caso dell'annosa questione dell'identificazione sistematica di coloro che varcano irregolarmente la frontiera esterna europea.

L'art. 12 stabilisce un minimo annuale di contributi per l'istituzione della riserva di solidarietà; in particolare, è previsto che vi siano almeno 30 mila posti di ricollocamento²⁸, suddivisi tra i vari Stati membri attraverso un complesso sistema di distribuzione e collegati alle pratiche svolte seguendo la procedura di frontiera da parte di quelli alla frontiera esterna europea e che il fondo istituito con i contributi finanziari ammonti ad almeno 600 milioni di euro; la loro congruità potrà essere valutata solo in futuro, ma appare importante comprendere che le misure finanziate non potranno avere effetti ostativi, in generale, sulla tutela dei diritti delle persone, visto il possibile conflitto con le regole fissate dalla stessa Commissione sull'utilizzo dei fondi europei²⁹.

²⁵ *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, cit., p. 7.

²⁶ Secondo P. DEBRUYCKER, cit., la scelta di prevedere un meccanismo flessibile va fatta risalire alla volontà di andare incontro alle istanze dei Paesi Visegrad; la cosa non sembra aver sortito l'effetto voluto visto il voto contrario di Polonia e Ungheria, e l'astensione di Slovacchia e Repubblica Ceca, al momento decisivo.

²⁷ Sul punto, si veda l'art. 65.1 RGAM.

²⁸ Art. 46 del regolamento procedura, cit.

²⁹ Considerando 6 e 95, artt. 9 e 15, oltre che l'allegato III del Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 *recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marit-*

Incluso nel capo I, parte IV, dedicato al meccanismo di solidarietà, è l'art. 56 ad individuare i contributi attraverso i quali questa potrà manifestarsi quando uno Stato membro sarà soggetto a pressioni migratorie o a sbarchi in seguito ad operazioni SAR. Le azioni di ricollocamento guarderanno al «trasferimento di un richiedente o di un beneficiario di protezione internazionale dal territorio di uno Stato membro beneficiario al territorio di uno Stato membro contributore»³⁰, che avrà luogo se collegato al verificarsi di una pressione migratoria accertata dalla Commissione (*ex art.* 57), come nel caso di sbarchi ricorrenti nel contesto di operazioni di ricerca e soccorso³¹; oppure ancora come conseguenza di una situazione di crisi³², definita nella sua eccezionalità come una situazione, anche solo potenziale, «di arrivi in massa di cittadini di paesi terzi o di apolidi in uno Stato membro via terra, aria o mare, incluse persone che sono state sbarcate a seguito di operazioni di ricerca e soccorso», al punto da rendere inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione, portando «gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo»³³. In tal caso, la raccolta dei contributi di solidarietà seguirà la procedura prevista dall'art. 2 del regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore che non differirà da quella prevista in situazione ordinaria, ad eccezione dei termini previsti per l'assolvimento degli impegni tra Stati o degli oneri in capo alla Commissione.

La previsione di un sistema che vada oltre la crisi e i casi di forza maggiore indica l'intenzione di prevedere forme di ricollocamento permanenti, che vadano al di là delle situazioni di emergenza e che coinvolgano gli Stati membri diversi da quelli di arrivo e sbarco³⁴; in tal modo si avrebbe un'effettiva applicazione della solidarietà nell'equa condivisione delle responsabilità e non vi sarebbe più la necessità del ricorso ad accordi bilaterali tra Stati membri conclusi al di fuori della cornice unionale³⁵. Tuttavia,

timi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, in GUUE L 231 del 30 giugno 2021, pp. 159-706.

³⁰ Art. 2.22 del Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, *cit.*

³¹ Considerando (25) RGAM, *cit.* e art. 57.2, che riferisce peraltro ad operazioni di ricerca e salvataggio.

³² Art. 2.1 del Regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147.*

³³ Art.1.2. a)-b) del regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore, *cit.*

³⁴ Si guardi E. PISTOIA, *Il nuovo Patto e la gestione degli sbarchi*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, novembre 2020.

³⁵ Si pensi alla Dichiarazione comune di intenti su una procedura di emergenza controllata del 23.9.2019, meglio nota come Dichiarazione di Malta.

questo trova un limite nella possibilità riconosciuta agli Stati membri di limitarsi, nella manifestazione all'impegno per la riserva annuale di solidarietà (art. 57.4), a garantire esclusivamente misure di natura finanziaria³⁶ oppure qualora l'intervento reso disponibile non sia adeguato alle necessità dello Stato beneficiario.

Quanto ora descritto differisce dalla proposta iniziale della Commissione e da quelle discusse nel corso degli anni, per l'assenza – tra gli strumenti di solidarietà – dei rimpatri sponsorizzati. Questo forse ne allevia il compito, ma non sminuisce la figura del Coordinatore dei rimpatri, la cui istituzione ha costituito una delle novità del Patto³⁷. È auspicabile che, al di là di un'azione di monitoraggio, il suo ruolo consista nel facilitare l'azione degli Stati membri all'allontanamento dai rispettivi territori di coloro che non hanno diritto a rimanervi, nel pieno rispetto dei diritti ad essi riconosciuti.

Un forte limite al funzionamento del descritto sistema di solidarietà è dato dall'assenza di disposizioni *ad hoc*, funzionali al rispetto degli obblighi assunti dai singoli Stati membri, quale che sia lo strumento cui si è deciso di ricorrere. Il solo art. 55 prevede una procedura di conciliazione, cui fare ricorso qualora, il «corretto funzionamento dei meccanismi» istituiti con il regolamento, sia posto in discussione da difficoltà emerse tra Stati membri nella cooperazione richiesta. La conciliazione prevede, in primo luogo, una consultazione tra gli Stati coinvolti e, se del caso, il coinvolgimento della Commissione per «trovare soluzioni adeguate». Nel caso ne ravvisasse la necessità, la stessa Commissione potrà adottare raccomandazioni rivolte agli Stati membri interessati, indicando misure da adottare e scadenze da rispettare, facendo quindi sorgere un obbligo in capo allo o agli Stati membri coinvolti. Dovesse la situazione conflittuale persistere, la Commissione potrà ricorrere agli strumenti tradizionalmente in suo possesso per imporre allo Stato il comportamento da seguire. Appare evidente, soprattutto da un punto di vista di gestione dei tempi per l'assolvimento degli obblighi relativi al ricollocamento, che la sola presenza di metodi conciliativi rischia di riflettersi sulla partecipazione effettiva degli Stati membri non direttamente riguardati dai flussi migratori, ma anche sulla valutazione complessiva circa l'opportunità di ricorrere a tali strumenti e sulle tipologie di azioni da attuare al fine di alleviare la pressione sugli Stati di arrivo.

In secondo luogo, gli Stati membri potrebbero essere tentati di privilegiare sempre e comunque il mero sostegno logistico; così facendo, l'onere

³⁶ Secondo l'art. 57.4 RGAM, cit., «gli Stati membri hanno piena discrezionalità nella scelta tra i tipi di misure di solidarietà di cui all'articolo 56, paragrafo 2, o una loro combinazione».

³⁷ *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, cit., p. 9.

principale della gestione ordinaria dei flussi migratori rimarrebbe sulle spalle degli Stati alle frontiere esterne meridionali ed orientali dell'Unione. Qualora risultasse l'unica forma di contributo alla solidarietà, vi sono seri dubbi sul fatto che tale forma di supporto possa rappresentare una soluzione accettabile dal punto di vista dell'equa condivisione di responsabilità³⁸.

L'opera del coordinatore della solidarietà risulterà pertanto decisiva pur se gli strumenti a sua disposizione saranno prevalentemente di natura politica e diplomatica, piuttosto che giuridica.

4. *La tutela dei diritti tra la procedura di frontiera e la protezione internazionale*

Il terzo e ultimo aspetto che merita un'adeguata analisi riguarda la tutela dei diritti nell'ambito della procedura di frontiera³⁹, con particolare attenzione al suo impatto sul diritto d'asilo⁴⁰.

La prima annotazione che la riguarda concerne l'obbligo imposto agli Stati membri di farvi ricorso, diversamente dal passato, quando la scelta era lasciata alla loro discrezione. Ora, invece, è divenuta obbligatoria nei confronti di tutti i cittadini di Stati terzi che (prima condizione) non soddisfano le condizioni di ingresso fissate dall'art. 6 CFS, e che (seconda condizione) a) sono rintracciati in relazione all'attraversamento non autorizzato via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro, fatta eccezione per i cittadini di paesi terzi dei quali lo Stato membro interessato non è tenuto a rilevare i dati biometrici, conformemente all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, del regolamento (UE) n. 2024/1358, per motivi diversi dall'età; oppure b) sono sbarcati sul territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso⁴¹.

Ad essi vanno aggiunti coloro che, privi di titolo di ingresso ed autoriz-

³⁸ Rimangono quindi valide le osservazioni di G. MORGESE, *La 'nuova' solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, cit., che a pp. 19-20 evidenziava il rischio di una prevalenza di misure di natura economica, a scapito delle altre.

³⁹ Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817* (cd. regolamento *screening* o regolamento accertamento).

⁴⁰ Sulla critica situazione del rispetto del diritto alle frontiere, esterne ed interne, si segnala L. MARIN, M. GKLIATI, S. NICOLOSI, *Special Issue: The external borders of the European Union: Between a rule of law crisis and accountability gaps*, in *European Law Journal*, Volume 30, Issue 1-2, 2024.

⁴¹ Art. 5.1 a)-b) del regolamento *screening*, cit.

zati ad entrare per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali ai sensi dell'art. 6.5.c) CFS, decidono di richiedere protezione internazionale nonché, infine, coloro che, non soddisfacendo le condizioni d'ingresso nel territorio degli Stati membri, hanno presentato domanda di protezione internazionale ai valichi di frontiere o nelle zone di transito. In generale, alla base della scelta di rendere obbligatorio il ricorso a questa procedura, vi è l'intenzione di incidere meglio, con finalità restrittive, sulla possibilità che i migranti in posizione irregolare possano sottrarsi ai controlli delle autorità competenti, per spostarsi in altri Stati membri attraverso quelli che sono noti come movimenti secondari. In pratica, gli interessati verranno assegnati ad una chiara e precisa procedura, accelerando in tal modo il processo per la determinazione del loro status⁴², e con un'azione di *filtrage*, che si caratterizzerà per l'identificazione e l'inserimento dei loro dati nelle banche dati EURODAC e SIS⁴³.

Secondo quanto prescritto nel testo del regolamento, i controlli dovranno essere caratterizzati da una certa rapidità: la regola generale è che siano svolti entro sette giorni dal momento del rintraccio, dello sbarco o della presentazione al valico alla frontiera esterna, ridotti a quattro qualora vi sia la necessità di accertare i dati biometrici e siano "fisicamente" alla frontiera esterna per 72 ore⁴⁴, e a tre nel caso in cui la persona sia rintracciata all'interno del territorio⁴⁵, in provenienza da altri Stati membri, salvo che l'interessato non sia trasferito immediatamente dopo il rintraccio. L'esecuzione degli accertamenti sull'identità degli interessati andrà compiuta prima dell'ingresso sul territorio dello Stato⁴⁶ o nei luoghi da esso deputati nei pressi delle frontiere⁴⁷.

⁴²Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, cit., p. 7.

⁴³Regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 o del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio. Per un commento relativo alla sua proposta si rinvia a S. MARINAI, *Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, ne *I Post* di AISDUE, II, 2020, Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo", n. 8, 11 dicembre 2020.

⁴⁴Art. 8.3 del regolamento *screening*, cit.

⁴⁵Art. 8.4 del regolamento *screening*, cit.

⁴⁶Art.8.5 del regolamento *screening*, cit.

⁴⁷Sulla natura fittizia di questo non ingresso rimane attuale il commento di ASGI, *Il nuovo Patto europeo su migrazione e asilo. Le criticità alla luce del contesto italiano*, dell'8 gennaio 2021, www.asgi.it, nel quale si paventava anche la possibile elusione degli obblighi

Qualora gli accertamenti non consentano l'individuazione degli elementi idonei a portare alle procedure di frontiera o alle procedure accelerate, si ricorrerà verosimilmente alla procedura ordinaria; in tale contesto, non va comunque escluso un diniego di ingresso opposto alla frontiera terrestre, come previsto dall'art. 14 CFS.

La descritta procedura dovrebbe essere completata in sette giorni: un termine evidentemente non confacente con la realtà delle cose, sul quale potrebbero incidere anche l'inadeguatezza delle strutture utilizzate o questioni logistico-organizzative, al punto da arrecare pregiudizio alla dignità delle persone là ospitate; essa sembra concludersi con la sola trasmissione alle autorità competenti del modulo consuntivo di cui all'art. 17 per l'espletamento della procedura più consona: un atto privo di particolare formalità e del quale non sembra prevista l'impugnazione, pur se l'essere soggetti ad una procedura piuttosto che ad un'altra potrebbe influire sull'accoglimento o meno della richiesta di asilo, atteso che – a tutt'oggi - la procedura ordinaria e quella di frontiera non sembrano portare a risultati equivalenti⁴⁸.

Anche il problema, già a suo tempo evidenziato⁴⁹, della qualificazione giuridica del trattenimento in frontiera, non sembra superato. Va però osservato che le disposizioni sul punto rilevanti non sembrano discostarsi, nel significato effettivo, dalla sentenza *FMS (Röske)*⁵⁰, con la quale – guardando ai trattenimenti nelle zone di transito ungheresi – venne asserito che rientra nella definizione di trattenimento «l'obbligo imposto a un cittadino di un paese terzo di soggiornare in modo permanente in una zona di transito avente un perimetro circoscritto e ristretto, all'interno della quale i movimenti di tale cittadino sono limitati e sorvegliati e che lo stesso non può legalmente abbandonare di sua iniziativa, qualunque sia la sua direzione».

che derivano dalla direttiva rimpatri.

⁴⁸ Sul punto si leggano L. MARIN, *The 2020 proposals for pre-entry screening and amended border procedures: a system of revolving doors to enter (and leave) Europe?*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, novembre 2020; European Council on Refugees and Exiles, Annual Report 2019.

⁴⁹ Sul punto mi permetto di rinviare a M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2021, in particolare pp. 22 ss.

⁵⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:367; sulla decisione dei giudici si rinvia a P. DUMAS, *L'arrêt FMZ, FNZ, SA, SA junior: l'harmonisation à la hausse du standard de protection des droits fondamentaux et le renforcement du contrôle juridictionnel en matière d'asile et d'immigration*, in *Revue des affaires européennes*, 2/2020, p. 499 e a 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*, maggio 2020.

Infatti, l'art. 2.9) della direttiva accoglienza definisce – sinteticamente – il trattenimento come «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione», formulazione che corrisponde quasi completamente con quella dell'art. 2 della direttiva accertamento⁵¹. Diversamente, la direttiva rimpatri, pur individuando nel capo IV le caratteristiche del trattenimento, non ne fornisce una definizione, sì che – per questioni interpretative – si dovrà guardare alle pronunce della Corte di giustizia, salvo che per i rimpatri alla frontiera, che comporteranno l'applicazione della direttiva accertamento e, quindi, la definizione in essa contenuta.

A ciò si aggiunga che, stante il combinato disposto del regolamento *screening* col nuovo regolamento procedura, che conferma l'obbligo statale di imporre agli interessati di restare in attesa nei luoghi designati, in prossimità della frontiera esterna⁵², la loro libertà di movimento sarà inevitabilmente ristretta visto l'obiettivo principale di prevenirne ogni forma di fuga.

Coloro che saranno soggetti alla procedura di frontiera dovrebbero comunque beneficiare delle garanzie previste dal testo del regolamento procedure⁵³, ossia l'essere sentiti individualmente per procedere alla valutazione della propria situazione e la possibilità di ricorrere all'assistenza legale ed alla consulenza giuridica nel corso dell'intero procedimento.

Da un punto di vista procedurale, il rimpatrio potrà avere luogo sin da subito⁵⁴, una volta verificata l'assenza del titolo all'ingresso e della domanda di asilo, seguendo quanto previsto dalla direttiva rimpatri⁵⁵; diversamen-

⁵¹ In questo caso, la formulazione varia lievemente, ma non la sostanza, definendo il trattenimento come «il confinamento di una persona da parte di uno Stato membro in un determinato luogo, dove tale persona è privata della libertà di circolazione».

⁵² L'art. 6 del regolamento *screening* prevede che, nel corso degli accertamenti, gli interessati «non sono autorizzat[i] ad entrare nel territorio di uno Stato membro», rimanendo a disposizione delle autorità competenti nei luoghi all'uopo designati «al fine di prevenire qualsiasi rischio di fuga nonché le minacce potenziali alla sicurezza interna derivanti da tale fuga, o i rischi potenziali per la salute pubblica che potrebbero derivare da tale fuga». Invece, l'art. 9.2.h, del regolamento procedura inserisce tra gli obblighi in capo ai richiedenti quello di rimanere nel territorio dello Stato rinviando all'art. 17.4 RGAM, ovvero dove si è presentata la domanda di protezione internazionale, in attesa che quello competente sia individuato, in quest'ultimo o, infine, in quello di ricollocamento quando un trasferimento in tal senso ha avuto luogo.

⁵³ Art. 8 del regolamento procedura, cit.

⁵⁴ Va osservato che la norma va ad integrare la disciplina sui controlli alle frontiere prevista dal Codice Frontiere Schengen, ponendo pertanto fine alla sua prerogativa esclusiva in merito. Sul punto J. VEDSTEN-HANSEN, *Border Procedure: Efficient examination or restricted access to protection?*, in *eumigrationalawblog.eu*.

⁵⁵ Art. 18 del regolamento accertamenti, cit.

te, qualora sia stata presentata domanda di protezione internazionale, una volta perfezionata l'identificazione, verranno «indirizzati alle autorità competenti per la registrazione della domanda di protezione internazionale». Sul punto, val la pena sottolineare che emerge la distinzione tra momento della presentazione della domanda in frontiera e momento della sua registrazione, col rischio che si istituisca un vero e proprio duplice passaggio, idoneo a incidere negativamente non solo sul procedimento finalizzato al riconoscimento di quanto richiesto, ma anche sull'accesso ai servizi cui avrebbero diritto in quanto richiedenti protezione internazionale⁵⁶. Questo è particolarmente vero nel caso di una ricollocazione compiuta ai sensi dell'art. 64.11 RAGM, che dovrebbe avvenire entro quattro settimane dalla conferma dello Stato di ricollocazione, cosa che difficilmente potrebbe essere immediata.

Inoltre, saranno oggetto di una procedura di rimpatrio alla frontiera⁵⁷, coloro che, presentata domanda di protezione internazionale, se la sono vista respingere secondo la procedura di asilo alla frontiera⁵⁸. In questo caso, il provvedimento potrà essere oggetto d'impugnazione secondo quanto disposto nel capo V del regolamento procedure; nell'attesa della risposta, incluso il periodo di un'eventuale impugnazione dell'atto, si continuerà a rimanere nei luoghi individuati dallo Stato per il trattenimento nelle more della procedura, ovvero alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito.

Nell'ambito di tale procedura, l'art. 16 del nuovo Regolamento procedure⁵⁹ introduce l'obbligo di garantire la consulenza legale gratuita⁶⁰, a

⁵⁶ Si pensi, ad esempio, all'accesso al lavoro, che – art. 17 – decorre dalla registrazione della domanda; diversamente, l'assenza del riferimento alla stessa, potrebbe essere interpretato nel senso che ad essi sia garantito l'accesso dal momento della presentazione della domanda, come nel caso dell'assistenza sanitaria *ex art.19* o alle condizioni generali di accoglienza *ex art. 20*.

⁵⁷ Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148*.

⁵⁸ Art. 43 e ss. del Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE* (cd. Regolamento procedure).

⁵⁹ Sul punto, B. MYKOLAJCZYCH, *The maze of legal support in the New Pact on Migration and Asylum*, in in *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, in eumigrationlawblog.eu, sostiene che l'art. 21.6 «defines the scope of free counselling, which includes guidance and explanations of information that an applicant should provide in order to help establish the Member State responsible, the applicants' rights and obligations, the criteria applied in this procedure, and assistance in completing the relevant documents».

⁶⁰ Una norma analoga è contenuta (art. 21) nel RGAM, con riferimento alla procedura

condizione che sia richiesta dall'interessato che, quindi, sul punto dovrà essere informato⁶¹; non così, invece, per l'assistenza o la rappresentanza, che quindi saranno riconosciute – sin dalla fase amministrativa – solo a coloro che dimostreranno di non avere risorse per sostenerne i costi. Il riconoscimento effettivo di tale diritto dovrà guardare anche all'articolata struttura che dal 2026 sarà chiamata a gestire la politica della migrazione: il proliferare di soggetti che verranno coinvolti nei diversi passaggi procedurali, potrebbe ostacolarne l'accesso.

In linea generale, la stessa direttiva accoglienza⁶² riconosce il diritto dei richiedenti di circolare liberamente all'interno del territorio dello Stato membro, con eventuali limitazioni territoriali⁶³ ammesse solo al fine «di un trattamento rapido, efficiente ed efficace delle domande» o per esigenze di capacità territoriali, oppure «per motivi di ordine pubblico o per prevenire efficacemente che il richiedente si renda irreperibile, ove vi sia un rischio di fuga»⁶⁴. Tuttavia, pur ribadendo che «gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente o sulla base della sua nazionalità», essa prevede anche il trattenimento «per decidere, nel contesto di una procedura di frontiera in conformità dell'articolo 43 del regolamento (UE) 2024/1348, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio»⁶⁵.

In pratica, la deroga al divieto non sarà legata al comportamento del soggetto interessato, ma – unica tra quelle previste – per consentire alle autorità competenti di assolvere al compito identificativo e di primo riscontro ad esse assegnato; inoltre, la norma richiama anche le ipotesi di trattenimento per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica o sanità pubblica, rinviando all'art. 44 RGAM, che però al primo comma, ribadisce che gli Stati membri non possano trattenere una persona per il solo motivo che sia sottoposta ad una procedura stabilita dallo stesso regolamento.

Qui sorge la distinzione tra coloro che sono richiedenti asilo in frontiera e coloro che hanno presentato domanda una volta giunti all'interno del territorio statale, prevedendo il trattenimento per i primi ma non per i secondi. Ad essi si aggiunge una categoria intermedia, che riguarda coloro che autorizzati all'ingresso per ragioni umanitarie, per il solo fatto di aver presentato domanda in frontiera o zone di transito, subiranno l'ap-

di determinazione dello stato membro competente.

⁶¹ B. MYKOLAJCZYCH, cit., ne sottolinea la rilevanza e non nasconde la sorpresa a vederla inserita nel testo finale.

⁶² Direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale* (rifusione) (cd. direttiva accoglienza).

⁶³ Artt. 7.1 e 8.1 della direttiva accoglienza cit.

⁶⁴ Art. 9.1 della direttiva accoglienza, cit.

⁶⁵ Art. 10.1 e art. 10.4b) della direttiva accoglienza, cit.

plicazione delle disposizioni che ne permettono il trattenimento. In tal caso, persone autorizzate all'ingresso potrebbero vedersi private della libertà personale, diversamente da altre col medesimo status, sulla base del luogo di presentazione della domanda di asilo.

Una situazione palesemente complessa e confusa che non solo potrebbe gravare sul sistema d'asilo nazionale, ma che fa sorgere il dubbio che abbia una valenza anche punitiva, così confliggendo con l'art. 10.1 della direttiva accoglienza e andando oltre l'obiettivo dichiarato di rendere più gestibile e funzionante il sistema d'asilo.

La stessa norma, tra l'altro, sembra considerare l'ipotesi della detenzione quale *extrema ratio* e non sistematica, come ora apparirebbe, prevedendo che gli Stati provvedano ad individuare misure alternative al trattenimento, «come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo specifico»⁶⁶. Al contempo, tra le ipotesi che derogano in pratica a ciò, consentendo quindi il trattenimento, la lettera d) del comma 4 menziona espressamente il contesto della procedura di frontiera, unico caso in cui si prescinde dal comportamento del soggetto interessato oppure dal mancato possesso di documenti idonei alla sua identificazione.

Se gli obblighi indicati possono senz'altro svolgere una funzione contenitiva del rischio di fuga verso altre zone dell'Unione europea, con difficoltà, ed al netto di ogni considerazione di altra natura, si riesce a comprendere come un versamento di natura economica possa costituire una misura idonea a limitare lo spostamento verso un altro Stato membro, una volta che la garanzia sarà stata versata.

5. Per Concludere

Il sistema delineato dalle disposizioni di implementazione del nuovo Patto sull'immigrazione e l'asilo contiene alcuni elementi di novità non trascurabili, ma non del tutto confacente alle aspettative create in sede istituzionale.

In via preliminare, non cambia l'approccio prevalentemente securitario che ha caratterizzato lo sviluppo della politica della migrazione e dell'asilo in passato, poiché il *focus* rimane sul contrasto all'immigrazione irregolare ed ai movimenti secondari di richiedenti asilo, unito all'intento, confermato dalla nuova procedura di frontiera, di ridurre al massimo gli arrivi, a costo di ricorrere a misure contenitive e di respingimento, oltre che ai tratti-

⁶⁶ Art. 10.5 della direttiva accoglienza, cit.

menti; provvedimenti che paiono idonei a porre in discussione l'accesso alle tutele da parte di coloro che cercano protezione internazionale e, più in generale, da parte di chi rientra nelle categorie vulnerabili⁶⁷. Al contempo, non sono previste disposizioni che rendano plausibile l'ideazione di un quadro sulla migrazione regolare, che sia semplificato, accessibile e sostenibile.

D'altra parte, non si può negare che le nuove disposizioni possano essere lette anche nell'ottica di un maggior grado di europeizzazione, pur se in un sistema comune europeo di asilo non ancora completamente realizzato⁶⁸. Si guardi, ad esempio, alla sostituzione di direttive con regolamenti, con la conseguente eliminazione del margine discrezionale nella disponibilità agli Stati membri, come – ad esempio – nel caso del nuovo regolamento procedure. Inoltre, il RGAM include misure di maggiore condivisione ed integrazione, spingendo verso un vero e proprio metodo di coordinamento.

Se si guarda, invece, ai risultati da perseguire, è evidente che il successo del Patto dipenderà soprattutto dalla soddisfazione di interessi che – almeno *prima facie* – sembrano configgenti: da un lato, gli Stati membri alla frontiera dovranno investire sensibilmente su tutti i profili coinvolti, dalla formazione del personale, all'elemento infrastrutturale, alla logistica, per garantire il rispetto degli obblighi individuati: nel caso della procedura dell'asilo in frontiera, ad esempio, la risposta alle istanze delle persone dovrà essere data in 12 settimane⁶⁹, termine distante dalla realtà dei fatti e forse difficilmente rispettabile, mentre – a monte – solo sette saranno i giorni a disposizione per indirizzare i nuovi arrivati verso l'appropriata procedura, sia essa di rimpatrio o di asilo. Gli altri Stati membri, invece, dovranno dimostrare la volontà di guardare ad un'effettiva solidarietà, fondata su di una scelta obbligata, ma con rilevanti profili di discrezionalità che influiranno sulla sua concreta attuazione. In caso contrario, emergeranno prepotentemente i limiti di un sistema complesso che prevede il coinvolgimento di nuovi soggetti quali, ad esempio, il forum di alto livello politico sulla solidarietà e quello di livello tecnico, oltre – come sempre – a Commissione e Consiglio, alle Agenzie e ai governi degli Stati membri. Anche per questo, risulta condivisibile la posizione di chi ha sottolineato⁷⁰ come il regolamento abbia fallito nell'auspicata semplificazione, in generale, e della procedu-

⁶⁷ Sul punto si rinvia a M. MARCHEGIANI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, cit.

⁶⁸ In tal direzione sembra doversi interpretare P. DEBRUYCKER, cit.; diversa è invece l'impostazione di F. MAIANI, *Responsibility-determination under the new Asylum and Migration Management Regulation: plus ça change*, in *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, in eumigrationlawblog.eu, che osserva invece una forte regressione sul piano del rispetto dei diritti.

⁶⁹ Art. 4 del regolamento rimpatrio alla frontiera, cit.

⁷⁰ Sul punto, P. DEBRUYCKER, cit., alla fine del par. 3.

ra di asilo, in particolare, visto che le disposizioni ora in vigore mantengono un elevato grado di laboriosità che potrebbe essere foriero di negoziati tra Stati membri, oltre che di azioni di natura contenziosa.

Infine, non va dimenticato che sul descritto sistema potrebbe incidere anche il nuovo regolamento che riguarda le situazioni di crisi e di forza maggiore⁷¹, quando la questione migratoria viene strumentalizzata dall'esterno per creare una difficoltà politica all'Unione o ad uno o più Stati membri. Il rischio è che la disposizione, che sorge con questi fini, possa essere utilizzata per comprimere i diritti di coloro che avrebbero titolo ad ottenere la protezione internazionale⁷², guardando alle crisi umanitarie come cause dell'emergenza, le cui radici – invece – sono da individuare altrove.

ABSTRACT

Some possible critical issues in the implementation of the new European Pact on immigration and asylum

This paper provides a critical analysis of the new European Pact on Migration and Asylum, highlighting potential issues in its implementation. The pact, adopted in 2023, represents a strategic plan for the European Union's migration and asylum policy, aiming to overcome existing challenges in managing asylum and combating irregular immigration. The paper examines the key provisions of the pact, focusing on the new solidarity mechanism, the protection of rights in the context of border procedures and international protection, and the governance structure for migration and asylum. The analysis further delves into the potential impact of the pact on the rights of asylum seekers and beneficiaries of international protection, emphasizing the need for a comprehensive approach that balances the objectives of combating migrant smuggling and safeguarding humanitarian assistance

⁷¹ Regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147.*

⁷² M. INELI-CIGER, *Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation*, in *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, in eumigrationlawblog.eu.

VARIABILI E PRASSI DEI CONCETTI DI STATO TERZO SICURO

*Giovanni Cellamare**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I concetti di Stato terzo sicuro accolti nel diritto dell'Unione europea. – 3. La disciplina italiana sullo Stato di origine sicuro e il dovere/potere di cooperazione istruttoria delle autorità competenti a decidere sulla domanda di protezione. – 4. Osservazioni su alcuni profili problematici della normativa italiana in materia. – 5. Esame della domanda e assicurazioni diplomatiche dello Stato di allontanamento del richiedente protezione.

1. *Considerazioni introduttive*

In linea con alcune indicazioni del nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo¹, nella riunione straordinaria del 9 febbraio 2023, il Consiglio europeo ha riaffermato «l'importanza di una politica unificata, globale ed efficace dell'UE in materia di rimpatrio e riammissione»; ha invitato «l'Agenzia per l'asilo a fornire orientamenti per incrementare il ricorso ai concetti di Paesi terzi sicuri e di Paesi di origine sicuri»; e ha raccomandato agli Stati membri di «avvalersi di tali orientamenti onde conseguire un approccio più coordinato, aprendo così la strada a un elenco comune dell'UE»². Siffatte indicazioni risultano trasfuse in alcuni degli atti normativi che danno attuazione a quel Patto³.

* Professore ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

¹ COM(2020) 609, del 23 settembre 2020. Gli atti indicati nelle pagine che seguono sono reperibili online.

² Conclusioni. EUCO 1/23, punto 22.

³ V. il preambolo e l'art. 5 del Regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce l'«Eurodac» e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818; gli articoli 5 e 10 del regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013; nonché il regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE. I tre regolamenti fanno parte del pacchetto di atti intesi a rendere operativo il nuovo Patto; gli stessi troveranno applicazione due anni dopo la loro entrata in vigore (22 maggio 2024). Qui interessa il terzo regolamento, adottato (il 14 maggio 2024) allorché questo lavoro era

In altri termini, può aversi un'azione combinata degli accordi di riammissione con il concetto del *safe third country*, nelle sue variabili tra breve illustrate, per allontanare stranieri in condizione irregolare verso altri Stati considerati, per l'appunto, sicuri. D'altro canto, l'effettività della riammissione condiziona il funzionamento di quel concetto.

Nello stesso senso possono operare atti informali che prevedano il trasferimento di persone verso un dato Stato. Si pensi, al di fuori dell'Unione europea (EU), al *Memorandum* di intesa sull'asilo, tra Regno Unito e Ruanda, venuto in gioco, davanti alla Corte suprema del primo Stato, insieme al *Nationality and Border Act*⁴. Recependo le osservazioni dell'UNHCR⁵, la Corte ha statuito che quell'Atto mirava a trasferire persone in cerca di protezione in un Paese terzo in assenza di «*sufficient safeguards and standards*»; pertanto l'azione abbinata del *Memorandum* con le norme interne sul *safe third country* avrebbe esposto le persone espulse a un rischio reale di «*ill-treatment*»⁶. Al fine di superare le obiezioni di quella Corte, qui sinteticamente richiamate, il 5 dicembre 2023, il Governo del Regno Unito ha concluso con il Ruanda l'Accordo di partenariato: secondo lo stesso Governo⁷, l'Accordo recherebbe assicurazioni sulla riforma complessiva del sistema di asilo ruandese, ancorché la Corte suprema avesse rilevato l'inadeguatezza di quel sistema⁸, la cui riforma, come è facile immaginare, non potrebbe essere immediatamente operativa.

stato già consegnato per la sua pubblicazione: di seguito, di quell'atto si potrà tenere conto con aggiornamenti apportati nel corso della correzione delle bozze. D'altro canto, la decorrenza della sua applicazione (art. 79) non intacca l'attualità delle osservazioni che saranno svolte successivamente.

⁴ Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement, del 13 aprile 2022, in <https://www.gov.uk>. Sinteticamente, il *Nationality and Borders Act* prevede l'inammissibilità al sistema di asilo del Regno Unito di persone già presenti in (o che abbiano un altro tipo di collegamento con) uno Stato terzo sicuro. V. AIDA Country Report on the United Kingdom – 2023 Update, p. 16 ss.

⁵ La posizione dell'UNHCR è riportata in House of Commons Library, The UK-Rwanda Migration and Economic Development Partnership (reperibile online), p. 26. Alla stessa pubblicazione si rinvia per ulteriori rilievi critici sul *Memorandum* di cui si tratta.

⁶ V. il par. 149 della decisione del 15 novembre 2023 (AAA (Syria) & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department, in <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2023/42.html>.

⁷ HOUSE OF LORDS, *Scrutiny of international agreements: UK-Rwanda Agreement on an Asylum Partnership*, 2024, par. 8 ss.

⁸ Cfr. il par. 144 della sentenza, cit. *supra*, nota 6.

Il medesimo Accordo è alla base del *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024*⁹, la cui adozione comporta il riconoscimento legislativo del Ruanda quale Paese sicuro. In altri termini, i tribunali del Regno Unito sono tenuti ad assumere come sicuro lo Stato terzo, non potendo invocare in senso contrario norme di diritto internazionale; inoltre, spetta al Governo decidere sul seguito da dare a eventuali misure provvisorie che potrebbero essere indicate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in occasione di futuri ricorsi contro il Regno Unito, nei quali venga in gioco la disciplina in parola. Si tratta di *ouster clauses* (*rectius, ousting interim remedies*: parr. 2 e 4) predisposte, evidentemente, in vista di misure di ricollocamento del ricorrente, come quelle indicate nel corso della vicenda processuale poc'anzi richiamata¹⁰.

La disciplina in parola solleva numerosi dubbi di compatibilità con il sistema di ripartizione dei poteri e con gli obblighi internazionali del Regno Unito, la cui mancata «esecuzione», come è noto, non potrebbe essere giustificata invocando «le disposizioni della propria legislazione interna» (art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). D'altro canto, in considerazione del suo contenuto, lo stesso Accordo ha svolgimenti contrastanti, a noi pare, con la solidarietà internazionale che informa di sé la disciplina della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati (par. 4 del Preambolo).

In questa sede non è possibile soffermarsi su questi aspetti. Qui interessa semplicemente richiamare l'attenzione su un esempio tagliente di Accordo di delocalizzazione delle funzioni fondamentali di controllo delle frontiere da parte di uno Stato destinatario di movimenti internazionali di persone, trasferendo, in particolare, a uno Stato africano, per definizione sicuro, i richiedenti protezione, nonché, variamente, l'esame delle domande pertinenti¹¹.

⁹ V. <https://bills.parliament.uk/bills/3540#timeline>; [https://news.un.org/en/story/2024/04/1148901#:~:text=The%20UN%20officials%20pointed%20out,arriving%20irregularly%20via%20a%20third](https://news.un.org/en/story/2024/04/1148901#:~:text=The%20UN%20officials%20pointed%20out,arriving%20irregularly%20via%20a%20third;); <https://www.refworld.org/policy/speech/unhcr/2024/en/147936>.

¹⁰ Cfr. le misure provvisorie urgenti indicate dalla Corte il 14 giugno 2022, ricorso n. 28774/22, K.N. c. Regno Unito.

¹¹ Cfr. gli svolgimenti critici dell'Unione africana, in <https://issafrica.org/iss-today/rwandauk-deal-degrades-refugee-conventions-and-africas-approach>.

In una diversa prospettiva di delocalizzazione dell'attività di trattamento di migranti e di gestione delle domande di protezione va posto il Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei Ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, del 6 novembre 2023 (v. la l. n. 14 del 21 febbraio 2024 recante la ratifica ed esecuzione, con norme di coordinamento con l'ordinamento interno). Sco-

Come è facile scorgere, i descritti orientamenti di gestione dei movimenti di persone, che, nonostante non abbiano dato buona prova di sé, continuano a essere seguiti da Stati di immigrazione, sono suscettibili di svolgersi in senso contrario ad alcuni diritti individuali dei richiedenti protezione; primo fra tutti, il fondamentale e inderogabile diritto a non essere sottoposto a tortura, trattamento disumano e degradante. In particolare, gli accordi o atti di altra natura, fortemente sostenuti¹², volti a realizzare trasferimenti di persone, non sono idonei ad escludere atteggiamenti dello Stato di destinazione (ancorché sicuro) che si risolvano in un *refoulement* indiretto.

In vista delle esigenze di tutela dei diritti delle persone interessate, l'attenzione va concentrata dunque, oltre che sui procedimenti formali e informali di riammissione, di cui fanno menzione gli stessi accordi o altri atti, sulle pertinenti leggi statali e sull'attività dei competenti organi interni che rendano operativi i concetti del *safe third country*, ancorché i medesimi siano stati ricollegati al funzionamento della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951.

In effetti, la costruzione del Paese terzo sicuro (con cui la persona abbia avuto o abbia un contatto) – evoluzione di quella dello Stato di primo asilo, nato negli ordinamenti interni scandinavi per contrastare il fenomeno dell'asilante in orbita, con suo rinvio verso quello Stato – muove dalla lettera dell'art. 31, par. 1 della Convenzione del 1951. Quest'ultimo esclude che gli Stati contraenti applichino sanzioni penali ai rifugiati in situazione irregolare provenienti «direttamente» dal Paese in cui la loro vita o la loro li-

po dell'Accordo (art. 2) è, per l'appunto, il rafforzamento della cooperazione bilaterale tra i due Stati nella gestione di flussi migratori provenienti da Paesi terzi, con la costruzione in territorio albanese di due centri sottoposti alla giurisdizione italiana, verso i quali destinare i «migranti» arrivati via mare che abbiano avuto accesso a procedure di frontiera o di rimpatrio (art. 4, par. 3). Nelle aree sottoposte alla giurisdizione italiana si applicheranno, in linea di principio, le leggi italiane (ma si noti che l'ampio art. 4 del Protocollo reca che le strutture poc'anzi indicate saranno disciplinate «secondo la pertinente normativa italiana ed europea»: si pensi alle procedure di frontiera disciplinate dalla legislazione italiana, in attuazione delle pertinenti norme dell'Unione; il generico art. 9, sul diritto alla difesa, richiama la funzione di assistenza giuridica delle Agenzie europee a favore dei richiedenti protezione, assistenza che si svolgerà nei limiti previsti dalla «legislazione italiana, europea ed albanese»; corsivi nostri). Dunque, a differenza di altri atti, l'Accordo in parola non prevede la presa in carico delle persone da parte delle autorità dello Stato di trasferimento delle persone. Per alcune considerazioni, ci sia consentito di rinviare al nostro Editoriale, dal titolo *Delocalizzazione delle frontiere nella gestione dei movimenti di persone e trasferimento altrove di richiedenti asilo. Previsioni normative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 1, p. 1 ss.

¹² Cfr. *supra*, testo e note 1-3.

bertà era minacciata; se ne desume la possibilità del loro rinvio in un (altro) Paese sicuro con il quale abbiano (stabilito) un contatto. In altri termini, il divieto di *refoulement* contemplato dall'art. 33, par. 1 della Convenzione non esclude il trasferimento di una persona (o dell'esame della sua domanda) verso uno Stato nel quale la medesima persona non corra il rischio di persecuzione¹³.

Quel concetto è stato utilizzato con approcci diversi dagli Stati, assumendo le variabili, di seguito indicate, recepite nella direttiva 2013/32/UE (rifusione) sulle procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale. Le stesse variabili trovano la loro disciplina più recente nel regolamento (UE) 2024/1348 che sostituirà quella direttiva¹⁴.

Prima di passare ad illustrare il funzionamento del concetto in parola, vale la pena di svolgere alcune brevi osservazioni critiche sulla costruzione riferita.

Anzitutto può osservarsi che, non prevedendo quale sia lo Stato competente a esaminare la domanda di protezione, la Convenzione di Ginevra non reca elementi dai quali sia possibile desumere che la persona interessata *debba* presentare la domanda nel primo Stato con cui abbia contatto, dovendo, d'altro canto, stabilirsi l'intensità di tale contatto. In secondo luogo, il concetto del *safe third country* opera nelle procedure di esame delle domande di protezione concentrando l'attenzione non sulle esigenze del richiedente protezione, bensì sul suo itinerario di percorso, il quale viene a configurarsi come una sorta di prerequisito per la possibile protezione. In altri termini, nella misura in cui funzioni in modo generale e astratto, quella costruzione contrasta con l'obiettivo di esame individuale della posizione del richiedente protezione perseguito dalla Convenzione.

In senso contrario all'interpretazione in parola possono addursi altre considerazioni, qui sinteticamente richiamate, fondate su una lettura sistematica della Convenzione di Ginevra e volte a porre in luce la centralità del ruolo e degli obblighi, in base alla stessa, dello Stato che eserciti "attualmente" la propria *jurisdiction* sull'interessato, nonché i lavori preparatori della stessa Convenzione¹⁵.

¹³ Ampia è la bibliografia in argomento. Anche per altre indicazioni v. V. MORENO-LAX, *The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties*, in G.S. GOODWIN-GILL AND P. WECKEL (eds), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects* (The Hague Academy of International Law Centre for Research), The Hague, 2015, p. 665 ss.

¹⁴ Cfr. *supra*, nota 3.

¹⁵ Cfr. ampiamente, V. MORENO-LAX, *op. loc. cit.*

Rilievi critici, nel senso indicato, sono stati svolti dall'UNHCR¹⁶, il quale ha indicato altresì le condizioni dell'operare degli accordi riammissione con il concetto di cui si tratta¹⁷. In particolare, è stata attirata l'attenzione sull'accertamento dell'effettività, nel Paese terzo, dei mezzi di accesso a una procedura equa ed efficiente per il riconoscimento dello *status* di rifugiato; nonché sull'esistenza di legami effettivi con lo Stato verso cui la persona sia rinviata¹⁸.

¹⁶ «The requirement that, in order to benefit from exemption from penalties, an asylum seeker should be coming “directly” from a territory where their life or freedom was threatened allows States parties to treat refugees differently only if they have already settled in a country and subsequently move onwards for reasons unrelated to their need for international protection. It is not meant to suggest that an asylum-seeker must claim asylum in the first country that could be reached without passing through another. [...] Rather [...] the term “directly” is to be interpreted broadly as meaning that refugees who have crossed through, stopped over or stayed in other countries en route, may still be exempt from penalties. The “directness” of travel needs, therefore, to be looked at in the context in which such travel often takes place. [...] In sum, if States decide to impose penalties on asylum-seekers who have entered or are present irregularly on the basis that they have not come directly for the purposes of Article 31(1), these should apply only to refugees who: were granted asylum or were lawfully settled, temporarily or permanently, in another country and had already found protection there; were rejected in a fair and efficient asylum procedure; or failed to seek asylum in a timely fashion or at all, in a country where they could reasonably have done so.[...] Asylum should not be refused solely on the ground that it could be sought from another State. While asylum-seekers do not have a right to choose their country of asylum, some might have legitimate reasons to seek protection in a specific country, including family ties or other meaningful links. Where it appears that a person, before requesting asylum, already has a connection or close links with another State, she or he may, if it appears fair and reasonable, be called upon to request asylum from that State in the first instance. While such a link is not a mandatory requirement under international law, in UNHCR's view it is essential to ensure that it is reasonable and sustainable for a person to seek asylum in another State. This increases the viability»: UNHCR, Observations on the New Plan for Immigration policy statement of the Government of the United Kingdom May 2021; in precedenza, UNHCR, Executive Committee Conclusions, «Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection», n. 58 (XL) 1989; UNHCR, Executive Committee General Conclusion on International Protection, n. 87(L), 1999, par. (j). Ma, con un approccio più restrittivo, v. Commission of Jurists, *Compromising Rights and Procedures: ICJ Observations on the 2011 Recast Proposal of the Procedure Directive*, settembre 2011, par. 74. Atti reperibili online.

¹⁷ UNHCR, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers, 2013, reperibile online.

¹⁸ UNHCR, Legal Considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries, reperibile online (aprile 2018). Si tratta di un aspetto venuto in rilievo davanti alla Corte suprema del Regno Unito, caso AAA, cit., *supra*, nota 5, al quale si rinvia anche per la

Considerazioni critiche sui concetti in parola sono state svolte altresì nell'ambito del Consiglio d'Europa¹⁹.

2. I concetti di Stato terzo sicuro accolti nel diritto dell'Unione europea

Come è noto, la presunzione di sicurezza è implicita nel sistema di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (art. 3, par. 3 regolamento (UE) n. 604/2013, conservato nell'art. 16, par. 5 del regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione²⁰). D'altro canto, come già statuito da giudici interni, e dalla Corte di giustizia dell'Unione, la norma in parola (che in effetti nella più recente versione richiama le garanzie del nuovo regolamento procedurale) non reca una presunzione assoluta di sicurezza dello Stato di rinvio²¹. Nello stesso senso, possono ricordarsi ormai classici svolgimenti

posizione nell'UNHCR a favore di un collegamento significativo tra la persona e lo Stato terzo (vedi pure in UNHCR, *Legal Considerations regarding access*, cit.). In proposito va ricordato che il regolamento procedure richiama genericamente l'esigenza di partecipazione dello Stato terzo alla Convenzione di Ginevra del 1951 (art. 57, par. 1), nonché l'esistenza di quel legame, sicché è prospettabile («sarebbe ragionevole») che la persona si rechi nel Paese con il quale, per l'appunto, abbia un legame (art. 59, par. 5, lett. b). Lo scarno riferimento a quest'ultimo ne favorisce una interpretazione ampia; peraltro, non potrebbe farsi rientrare nel concetto di legame il mero transito del richiedente nel territorio dello Stato terzo, non trattandosi un dato idoneo a stabilire l'effettività del collegamento: cfr. la sentenza del 19 marzo 2020, C-564/18, *LH c. Bevándorlásiés Menekültügyi Hivatal*, nella quale la Corte di giustizia ha statuito che il mero «transito del richiedente protezione internazionale attraverso il paese terzo interessato non può costituire un "legame" ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013/32» (punto 50). V. pure Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*.

¹⁹ V. Parliamentary Assembly, Doc. 15111, del 4 giugno 2020, *Safe third countries for asylum seekers*.

²⁰ V. *supra*, nota 3. in argomento v. Corte di giustizia, sentenza del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, *Mirza c. Bevándorlásiés Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2016:188.

²¹ V. ad esempio, nel corso degli anni, la sentenza n. 1870 adottata dal Tar Puglia il 24 giugno 2008; la sentenza del Consiglio di Stato olandese (sezione diritto amministrativo), del 21 dicembre 2022 (causa n. NL22.24285), che ha escluso la possibilità di applicare all'Italia il principio della fiducia interstatale, così scartando la decisione del Segretario di Stato di trasferimento del cittadino straniero nel nostro Stato. Per la Corte di giustizia, v. la giurisprudenza richiamata nella sentenza del 30 novembre 2023, cause riunite C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 e C-328/21, *Ministero dell'interno*, punto 129 ss., nella quale La Corte ha statuito che il giudice del secondo Stato membro non può esaminare se il richiedente rischi, dopo il trasferimento verso il primo Stato membro, di essere respinto verso

della Corte europea dei diritti dell'uomo; così, in particolare, quelli contenuti nella sentenza del 21 gennaio 2011, relativa all'affare *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

Le possibili varianti del concetto in esame sono previste dalla direttiva 2013/32/UE e rilanciate dal citato regolamento destinato a sostituirla.

Può aversi (art. 36) lo Stato di origine sicuro (di cui il richiedente abbia la cittadinanza o vi abbia avuto abituale residenza, potendo trattarsi altresì di apolide), dove la persona interessata possa fare ritorno non avendo «invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia [...] sicuro» nella situazione di cui si tratta «e per quanto riguarda la sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale», in base alla direttiva 2011/95/UE (e vale a dire in assenza del rischio di essere perseguitato, subire una tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante, o di pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale)²². Le regole di funzionamento di quel concetto sono fissate dagli Stati membri nei rispettivi ordinamenti interni, riesaminando periodicamente le liste dei Paesi designati sicuri.

Possono aversi altresì i Paesi terzi sicuri, giusta le pertinenti norme interne in materia, comprese, in particolare, quelle che richiedano un legame tra il richiedente e il Paese terzo²³, e le «norme sul metodo» di accertamento del concetto; norme, cioè, che, in conformità al diritto internazionale, permettano di accertare, con un esame individuale, se il Paese terzo sia sicuro per il richiedente (al quale va consentito almeno di impugnare l'applicazione del concetto in parola, «a motivo del fatto che quel Paese terzo non è sicuro nel suo caso specifico»). Il rinvio del richiedente, dunque, è il risultato della maturata convinzione delle autorità competenti della conformità del trattamento della persona interessata, nel Paese terzo, ai criteri indicati dalla direttiva, a tutela della sua integrità personale (art 38)²⁴. Si tratta di criteri cumulativi²⁵.

il suo paese di origine. Ciò salvo che quel giudice constati carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nel primo Stato membro. Ciascuno Stato membro deve ritenere, salvo circostanze eccezionali, che gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione; in specie i diritti fondamentali riconosciuti da tale ordinamento. Ma punti di vista diversi, tra gli Stati membri, in relazione all'interpretazione dei presupposti della protezione internazionale, non dimostrano l'esistenza di carenze sistemiche.

²² Allegato I alla direttiva.

²³ Per il regolamento procedure, v. *supra*, nota 18.

²⁴ I criteri in parola

(«a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non

Si hanno altresì i Paesi di primo asilo (diversi dallo Stato membro che abbia concesso protezione, verso il quale si ha bensì trasferimento della persona interessata), nei quali, cioè, il richiedente sia stato riconosciuto rifugiato o possa avvalersi di tale protezione o goda di protezione sufficiente, comprensiva almeno della garanzia di *non-refoulement* (art. 35; art. 58 del regolamento procedure): gli Stati membri, cioè, «non dovrebbero essere tenuti a valutare il merito della domanda di protezione internazionale se il paese di primo asilo ha concesso al richiedente lo status di rifugiato o ha altrimenti concesso sufficiente protezione e il richiedente sarà riammesso in detto paese» (par. 43 della direttiva procedure).

Le distinzioni riferite sono completate dalla figura del Paese terzo europeo (non membro) sicuro (*super safe*), in quanto parte della Convenzione sullo *status* dei rifugiati, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU; richiamando, in particolare, le norme di questa sull'effettività dei ricorsi), e giacché dotato di una procedura di asilo (articoli 36-39). Nel nuovo regolamento non figura una siffatta previsione: il riferimento a quella Convenzione (insieme al Patto sui diritti civili e alla Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura) funziona per la definizione del Paese di origine sicuro.

Alle variabili del concetto in parola sono ricollegate alcune conseguenze procedurali.

I concetti di Paese terzo sicuro e di primo asilo permettono agli Stati membri di considerare inammissibili le domande di protezione internazionale di coloro che provengano da quei Paesi, o, nel caso di Paese europeo *super safe*, di escludere l'esame della domanda o evitare un suo esame esauriente (ove un'autorità competente abbia stabilito, in base agli elementi di-

sussiste il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) è rispettato il principio di «non-refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra; d) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale;) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra»)

Sono ripresi o richiamati nell'art. 59 del regolamento procedure che rinvia all'art. 15 del Regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio 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 e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

²⁵ Cfr. la sentenza *LH*, cit. in nota 18.

sponibili, che il richiedente stia cercando di entrare o sia entrato illegalmente nel suo territorio da quel Paese).

Alla attivazione del concetto di Stato di origine sicuro – che costituisce una presunzione materiale di sicurezza – è ricollegato il funzionamento di una procedura accelerata (semplificata) per l'esame delle domande di protezione; tale procedura è definita dagli Stati membri e può svolgersi anche in zone di frontiere di transito (art. 31, par. 8 lett. b; art. 42, par. 1, lett. c del regolamento procedurale).

Sia con riferimento al Paese terzo sicuro che con riguardo quello di origine, la direttiva prevede che gli Stati membri «comunicano periodicamente alla Commissione a quali Paesi è applicato» il concetto di cui si tratta (art. 38 par. 5; art. 39, par. 7).

In proposito va ricordato che ai sensi dell'articolo 36, par. 3 della precedente versione della direttiva (2005/85/CE), la Commissione europea avrebbe dovuto proporre un elenco comune di Paesi terzi sicuri. Tuttavia, quella disposizione è stata annullata dalla Corte di giustizia²⁶, sicché ciascuno Stato membro procede alla individuazione di quei Paesi. Ne è conseguita una difformità normativa e applicativa del concetto in parola.

Tale difformità si ha anche per i Paesi di origine, posto che, ai sensi dell'art. 37, gli Stati membri hanno la facoltà di adottare elenchi di quei Paesi²⁷, attenendosi a indicazioni della direttiva e giusta le procedure per la loro designazione (sulla base di fonti di informazioni provenienti da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti). In particolare, l'Allegato I indica i parametri di riferimento per la compilazione della lista, prevedendo, che un Paese è considerato di origine sicuro, tra l'altro, se non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'art. 9 della c.d. direttiva qualifiche. Ciò posto e dato altresì che quest'ultima prevede che la protezione concessa deve essere «effettiva e non temporanea», la disciplina in parola, dunque, impegna l'interprete nella costruzione del concetto di “protezione” e nel valutare l'effettiva capacità di proteggere degli attori a tal fine preposti²⁸.

²⁶ Corte di giustizia, Sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2008:257

²⁷ Prassi in EUAA Asylum Report 2020 (Section 7. Highlights at the national level 7.5 Special procedures) e in EUAA, *Applying the Concept of safe Countries in the Asylum procedure*, aggiornato al dicembre 2022, reperibili online.

²⁸ Sinteticamente, in base all'art. 7 della direttiva qualifiche (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 protezio-

Nel regolamento procedure, il concetto di protezione effettiva è comune alle variabili di cui si tratta ed è indicato dall'art. 57, par. 2, riecheggiando profili di tutela individuali presenti nella direttiva rimpatri (art. 14)²⁹.

Ora, la prassi mostra la relativizzazione dei parametri di riferimento per la designazione di Paesi terzi e di origine sicuri; può accadere che un Paese non inserito nella lista di uno Stato membro sia considerato parzialmente

ne sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta) che sarà abrogata dal regolamento (UE) 2024/1347, la

«protezione contro persecuzioni o danni gravi può essere offerta esclusivamente: a) dallo Stato; oppure b) dai partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio, a condizione che abbiano la volontà e la capacità di offrire protezione conformemente al paragrafo 2. 2. La protezione contro persecuzioni o danni gravi è effettiva e non temporanea (...);

inoltre, per «stabilire se un'organizzazione internazionale controlli uno Stato o una parte consistente del suo territorio e se fornisca protezione (...), gli Stati membri tengono conto degli eventuali orientamenti impartiti nei pertinenti atti dell'Unione».

²⁹ Si ritiene che lo Stato terzo garantisca una protezione effettiva (disponibile finché non sia possibile trovare una diversa soluzione più duratura) ove abbia ratificato, rispettandola, la Convenzione di Ginevra del 1951; o autorizzi le persone interessate a rimanere nel proprio territorio, avendo accesso a mezzi di sussistenza sufficienti ad avere un tenore di vita adeguato, alle prestazioni sanitarie e al trattamento essenziale delle malattie, all'istruzione: a tal fine il parametro di riferimento è dato dalla situazione generale del Paese terzo. Comune al funzionamento delle variabili in parola (che nel regolamento riecheggiano la direttiva procedura, con previsioni *ad hoc* per i minori non accompagnati e disposizioni volte a evitare il *refoulement* indiretto dallo Stato di origine: art. 61 par. 4, lettere b e c) è la presunzione del concetto di sicurezza. I concetti di cui si tratta sono applicabili a condizione che la persona interessata «non possa fornire elementi che giustifichino l'inapplicabilità» del concetto pertinente al suo caso (articoli 58, par. 2; 59, par. 5; 61, par. 6, lett. c); i loro effetti processuali vengono meno in assenza di risposta dal Paese terzo interessato alla richiesta di riammissione o di rifiuto di quest'ultima. La diretta incidenza, inizialmente rilevata, degli accordi di riammissione sul meccanismo in esame risulta dalla presunzione di sicurezza degli Stati terzi con il quale sia stato stipulato, per l'appunto, un accordo di riammissione. Quanto all'espressione «fornire elementi», poc'anzi riportata, è ragionevole ritenere che la stessa vada intesa utilizzando le norme pertinenti del regolamento (UE) 2024/1347, cit. In breve, si tratta di dichiarazioni, documentazione, indizi derivanti dall'aver già subito minacce e danni; non potrebbe parlarsi di vere e proprie prove ove si consideri che, in assenza di queste, si ritiene sufficiente che il richiedente abbia «compiuto sinceri sforzi per circostanziare la domanda di protezione», fornito spiegazioni dell'assenza di elementi significativi, e quindi probatori, e mostri attendibilità e coerenza nelle esposizioni (art. 5). D'altro canto, un approccio volto a sostenere la necessità di vere e proprie prove contrasterebbe con le caratteristiche della procedura di cui si tratta (cfr. *infra*, par. 3), contrassegnata dall'onere di cooperazione istruttoria. Pertinente la pubblicazione dell'UNHCR (reperibile online), Beyond Proof. Credibility Assessment in EU Asylum Systems, 2013.

sicuro (o, se si preferisce, insicuro) da un altro Stato membro, in funzione, ad esempio, del sesso della persona interessata a ottenere protezione³⁰.

Differenze sono rilevabili anche dagli orientamenti seguiti nel dare applicazione al concetto e per quanto concerne la previsione del possibile riesame delle liste, potendo accadere che la situazione interna di uno Stato muti, venendo meno le caratteristiche che consentivano di qualificarlo sicuro³¹. In effetti, l'art. 37, cit. pone l'obbligo degli Stati membri di riesaminare periodicamente le liste alla luce delle mutate situazioni dei Paesi di cui si tratta.

Tuttavia, in vista della «attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale» (direttiva 2001/95/UE), una certa «convergenza nell'applicazione dei criteri di valutazione» pertinenti si ha per effetto dell'applicazione dell'art. 11, par. 1 del regolamento (UE) 2021/2303 (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2021, relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010), intesa a favorire l'analisi «comune della situazione dei Paesi di origine e le relative note di orientamento». In effetti, gli Stati tengono conto dell'analisi comune dell'Agenzia³².

Lo stesso atto è richiamato nel regolamento procedure sia in vista della formazione delle autorità competenti a dare applicazione al regolamento (art. 4, par. 8), sia per l'applicazione dei concetti in parola, da parte di quelle stesse autorità, sulla base di informazioni relative al Paese terzo pertinente (art. 34, par. 2, b e c; art. 42, par. 1 e 2, e; art. 45, par. 4; art. 61, par. 3; art. 66, par. 2 a).

L'adozione di liste comuni di Paesi terzi e di origine sicuri, sulla base di atti delegati della Commissione sottoposti a riesame periodico, è prevista da quel regolamento (articoli 62 e 63); siffatta previsione, tuttavia, non assicurerà immediatamente l'uniformità normativa e applicativa nella *subiecta materia*, posto che, secondo la riforma, gli Stati membri potranno conservare proprie liste o introdurre modifiche a quelle dell'UE, con discostamento quindi dalle liste comuni, ancorché con il controllo della Commissione (art. 42).

³⁰ V. già il nostro. L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro, in Studi sull'integrazione europea, 2019, p. 323 ss.

³¹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 novembre, *M.H. e altri c. Croazia*. V. pure di seguito, nel testo.

³² Cfr. M. FLAMINI, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 20 del 2023*, in *Questione giustizia*, 2023 n. 3, p. 15.

3. *La disciplina italiana sullo Stato di origine sicuro e il dovere/potere di cooperazione istruttoria delle autorità competenti a decidere sulla domanda di protezione*

La l. n. 132 del 2018 ha reso operativo nel nostro ordinamento il concetto di Stato di origine sicuro, così integrando il d.lgs. n. 25, del 2008, con il quale era stata data attuazione alla direttiva procedure. La disciplina, in parola è stata modificata da alcune disposizioni introdotte dal d. l. n. 20 del 2023 convertito in l. n. 50 del 5 maggio 2023 (art. 7 *bis*).

In attesa dell'adozione di un elenco dell'Unione, ancorché non uniforme per tutti gli Stati membri, il 4 ottobre 2019 è stato adottato il decreto interministeriale, di cui fa menzione la legislazione citata, con indicazione dei Paesi di origine sicuri e la previsione (art. 2) di un aggiornamento periodico della lista. Siffatto aggiornamento si è avuto con i decreti interministeriali del 23 marzo 2023 e del 7 maggio 2024³³, che, come tali, sottostanno alle fonti sovraordinate; in specie ai criteri stabiliti dall'art. 2 bis del d. legsl. 25, cit., in attuazione della disciplina della direttiva in esame.

Adattandosi alla disciplina dell'Unione, la legislazione italiana prevede che le domande siano esaminate dalla Commissione territoriale individualmente «sulla base di un congruo esame», ai sensi del d. lgs. n. 251, del 19 novembre 2007, e cioè «in cooperazione con il richiedente» (art. 3, par. 1 di tale decreto)³⁴; che l'esame sia svolto «alla luce di informazioni precise

³³ Quest'ultimo ha ampliato l'elenco dei Paesi sicuri ora comprensivo degli Stati qui di seguito indicati: Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Camerun, Capo Verde, Colombia, Costa d'Avorio, Egitto, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Nigeria, Perù, Senegal, Serbia, Sri Lanka e Tunisia.

³⁴ Il decreto ha dato attuazione alla direttiva (qualifiche prima versione) 2004/83/CE. Ai sensi dell'art. 3, l'esame della domanda di protezione internazionale (da parte della Commissione territoriale) è effettuato «su base individuale e prevede la valutazione: a) di tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, comprese, ove possibile, le disposizioni legislative e regolamentari del Paese d'origine e relative modalità di applicazione; b) della dichiarazione e della documentazione pertinenti presentate dal richiedente, che deve anche rendere noto se ha già subito o rischia di subire persecuzioni o danni gravi; c) della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare la condizione sociale, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave; d) dell'eventualità che le attività svolte dal richiedente, dopo aver lasciato il Paese d'origine, abbiano mirato, esclusivamente o principalmente, a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, al fine di stabilire se dette attività espongano il richiedente a persecuzione o danno grave in caso di rientro nel Paese; e) dell'eventualità che, in considerazione della documentazione prodotta o raccolta o delle dichiarazioni rese

e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'UNHCR, dall'EASO, dal Ministero degli affari esteri anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale, o comunque acquisite dalla Commissione stessa» (art. 8, par. 3, del d. lgsl. n. 25, cit.); che quelle informazioni siano acquisite anche di ufficio (dalla Commissione o dal giudice di primo grado: art. 27, par. 1 *bis*); e che la decisione della Commissione territoriale (che può condurre alle possibili conclusioni elencate dall'art. 32) debba essere corredata dalle motivazioni di fatto e di diritto, indicando i mezzi di impugnazione ammissibili (art. 9, par. 2). Come è facile scorgere, queste possono essere costruite compiutamente tenendo conto delle informazioni e delle loro fonti³⁵.

o, comunque, sulla base di altre circostanze, si possa presumere che il richiedente potrebbe far ricorso alla protezione di un altro Paese, di cui potrebbe dichiararsi cittadino».

³⁵ L'art. 4 della c.d. direttiva qualifiche prevede l'obbligo degli Stati membri di esaminare tutti gli «elementi significativi» (per il regolamento procedure, cfr. *supra* nota 29) delle domande di protezione «in cooperazione» con i richiedenti (par. 1); e che l'esame individuale delle domande ha ad oggetto «la valutazione [...] di tutti i fatti pertinenti che riguardano il paese d'origine al momento dell'adozione della decisione [...], comprese le disposizioni legislative e regolamentari del paese d'origine e le relative modalità di applicazione» (par. 3 lett. a). Per indicazione della Corte di giustizia, quell'esame comprende l'accertamento delle circostanze di fatto suscettibili di formare elementi probatori a sostegno della domanda, nonché la loro valutazione per il riconoscimento della protezione richiesta. Pur non fissando un vero e proprio schema probatorio, la direttiva impegna le autorità competenti ad appurare se, sulla base delle circostanze accertate, sia possibile configurare una «minaccia tale da far fondatamente temere alla persona interessata [...] di essere effettivamente oggetto di atti di persecuzione». Coerentemente con la disciplina testé illustrata, posta l'opportunità di cooperazione tra il richiedente e le autorità competenti (preambolo, par. 25), la direttiva procedure dispone che gli «Stati membri provvedono affinché le decisioni dell'autorità accertante relative alle domande di protezione internazionale siano adottate», tra l'altro, sulla base di più fonti di «informazioni precise e aggiornate» (EASO, UNHCR, organizzazioni internazionali pertinenti) sulla situazione generale nel Paese di origine dei richiedenti e, eventualmente, nei Paesi di transito; dette informazioni devono essere «messe a disposizione del personale incaricato di esaminare le domande e decidere in merito» (art. 10, par. 3 lett. b). La lista, dunque è accompagnata da una presunzione relativa di sicurezza, in assenza della quale potrebbero sollevarsi fondati dubbi di compatibilità delle norme in parola con l'art. 10, 3 comma della Costituzione in quanto limitativo del diritto previsto da quella norma (P. BONETTI, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 44; ma v. F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nel diritto italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della legge 132/2018 di conversione del c.d. "decreto sicurezza"*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2019, fasc. 2, p. 150 s. il quale ritiene la

L'assunzione di informazioni attuali sulla situazione presente nello Stato di origine (nonché di primo asilo o terzo sicuro) è prevista dall'art. 35, par. 2 del regolamento procedure.

L'attivazione del Paese di origine sicuro incide sulla procedura amministrativa per il riconoscimento della protezione internazionale richiesta, in specie con l'esame prioritario delle richieste, nonché, come si avrà modo di considerare, con la prevista eccezione dell'effetto sospensivo automatico collegato al ricorso avverso il rifiuto di protezione.

L'art. 28 *bis* definisce i tempi della procedura accelerata da applicare alle richieste di persone provenienti da Paesi di origine sicuri (con esame e decisione in nove giorni dalla ricezione della documentazione da parte della Commissione territoriale). Per effetto della l. del 2023, la procedura può svolgersi, entro sette giorni, alle frontiere o nelle zone di transito per le domande presentate in quelle aree. Si tratta di termini che, di certo, favoriscono la speditezza della procedura ma che appaiono poco ragionevoli (art. 31, par. 9 della direttiva) nell'ottica della adeguatezza e della completezza del procedimento di formazione della decisione (art. 31, par. 2).

D'altro canto, in presenza di deviazioni dai termini perentori previsti per la procedura accelerata, giusta le indicazioni della Corte di cassazione³⁶, va escluso che possa essere considerata "ancora [...] accelerata la procedura", con conseguente incidenza sulla procedura successiva alla fase amministrativa, così per l'operare dell'automatismo degli effetti sospensivi, ancorché il richiedente provenga da uno dei Paesi di origine ricompresi nella lista³⁷.

Per gli svolgimenti della eventuale fase giurisdizionale che segue quella amministrativa, l'allegazione (art. 2 bis, comma 5, del d.lgs. n. 25, cit.), da parte del richiedente protezione, di elementi volti a scartare la presunzione relativa di sicurezza dovrebbe essere intesa come fattore sostanziale per il contenuto della prima decisione³⁸ e mettere poi in moto l'esame della si-

disciplina in esame discriminatoria e in contrasto con la Costituzione e la Convenzione di Ginevra del 1951).

³⁶ Sentenza delle Sezioni Unite n. 1399, del 30 gennaio 2024 (procedimento di rinvio pregiudiziale n. 13777-2023).

Sulla durata delle procedure nel regolamento che sostituirà la direttiva in esame, v. l'art. 35 che fissa la durata massima delle procedure di ammissibilità e accelerata, rispettivamente, in due e tre mesi, con possibilità di proroga in presenza di un numero sproporzionato di domande o di questioni complesse in fatto o in diritto. Sullo svolgimento delle procedure alle frontiere incide il calcolo della c.d. capacità adeguata dello Stato membro, calcolata a livello dell'Unione pari a trentamila (articoli 42-48).

³⁷ Cfr. il decreto del Tribunale di Venezia, del 5 gennaio 2024.

³⁸ Cfr. M. FLAMINI, op. cit., p. 3.

tuazione attuale del Paese di cui si tratta rispetto alla posizione e condizione della persona interessata, sussistendo, a quello scopo, un dovere/potere di cooperazione istruttoria delle competenti autorità decidenti sulla domanda di protezione.

Con particolare riguardo al procedimento giurisdizionale, degne di nota, in tal senso, decisioni di giudici di merito, indicazioni della Corte di cassazione, della Corte di giustizia, nonché della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁹.

In particolare, in linea con la specificità di quel procedimento⁴⁰, l'approccio seguito dalla Corte di cassazione risponde all'esigenza di mitigare il rapporto inizialmente squilibrato delle posizioni delle parti nel giudizio di protezione internazionale⁴¹, con conseguente incidenza sul tradizionale principio dispositivo vigente nelle regole probatorie del processo civile e sulla loro interpretazione. D'altro canto, l'affermazione del potere/dovere del giudice di svolgere un'attività istruttoria ufficiosa consente di dare attualità all'accertamento della situazione del richiedente protezione⁴². Invero, la rilevata variabilità del concetto in esame denota le incertezze che accompagnano la presunzione di sicurezza, ancorché si tratti di Stati parte degli strumenti internazionali richiamati dalla direttiva (e, sulla base di questa, dalla legge italiana che ha attivato il concetto di Paese di origine sicuro): l'essere parte di atti sui diritti dell'uomo (come la CEDU) non costituisce un dato da solo indicativo con sicurezza dell'effettività della tutela dei diritti individuali garantiti da quegli atti (da quella Convenzione)⁴³.

Ciò posto; e date altresì le note di orientamento, a suo tempo, indicate⁴⁴, volte a favorire una analisi comune della situazione degli Stati di origine, si comprende come il giudice statale possa trovarsi nella condizione di dover dare prevalenza alle disposizioni dell'Unione rispetto a quelle nazionali, ove, alla luce di fonti di informazioni acquisite, venga a delinearsi un mutamento della situazione di uno degli Stati di origine rispetto a quella che caratterizzava lo stesso Stato al momento della formazione delle liste.

³⁹ Ci sia consentito di rinviare al nostro, in tema di informazioni sui Paesi di origine nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 2, p. 4 ss.

⁴⁰ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Bot presentate il 29 giugno 2016, causa C-429/15, *Danqua*, ECLI:EU:C:2016:485, punti 70 e 75.

⁴¹ V. l'ordinanza n. 25534, del 13 dicembre 2016.

⁴² V. la sentenza della Corte di cassazione n. 9427, del 17 aprile 2018.

⁴³ Ad esempio, v. la sentenza relativa al caso *M.S.S.*, cit. *supra*, par. 2.

⁴⁴ V. nel par. che precede, testo e nota 32.

Degno di nota, in tal senso, il decreto del Tribunale di Firenze (Sezione immigrazione – sezione civile), del 3 ottobre 2023⁴⁵. Quel Tribunale ha rilevato che «nell’ambito dei giudizi di protezione internazionale», il dovere di aggiornamento dell’esistenza dei requisiti per la permanenza di uno Stato nella lista dei Paesi di origine sicuri, allo scopo di verificare i presupposti in forza dei quali la legge giustifica il sacrificio dei diritti procedurali, è imposto dalla direttiva procedure e grava su tutti gli organi statali, compresi i giudici. Ora, l’alterazione delle condizioni democratiche che avevano riguardato la Tunisia – Stato ricompreso nella lista italiana – imponevano «la verifica della misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: (...) il rispetto del principio di cui all’articolo 33 della Convenzione di Ginevra». Ciò posto, sulla base di nuove informazioni acquisite, il Tribunale ha scartato la scheda relativa alla Tunisia posta a fondamento dell’inserimento di quello Stato nelle liste create con il citato decreto interministeriale del 17 marzo 2023, con sua disapplicazione, *in parte qua*, per non conformità ai criteri indicati nella direttiva di cui si tratta.

Diversa l’impostazione seguita nel decreto dell’11 gennaio 2024 dalla Sezione protezione internazionale dello stesso Tribunale. Posto che la «revisione del giudizio di sicurezza» è propria della «discrezionalità amministrativa», l’assenza di aggiornamento del giudizio di sicurezza non dà luogo a «violazione di legge, né eccesso di potere», potendo proporsi al giudice competente l’impugnazione del regolamento sui Paesi sicuri⁴⁶. L’osservazione coglie un profilo di non poco momento, permanendo, beninteso, la possibilità che, nel caso pendente, il giudice rilevi la contraddittorietà della qualificazione di sicurezza di uno Stato terzo rispetto al diritto dell’Unione, dando prevalenza a questo, coerentemente con il principio di leale cooperazione⁴⁷.

Vale la pena altresì di ricordare che, con riguardo allo stesso Stato terzo, il Tribunale di Catania ha accolto un’istanza cautelare, ex art. 35 *bis*, comma 4 del d.lgs. 25/2008, di un richiedente asilo di nazionalità tunisina, in sede di ricorso avverso il provvedimento adottato dalla Commissione territoriale di Siracusa, che aveva ritenuto manifestamente infondata la domanda di protezione. Data la grave involuzione democratica del Paese, il Tribunale ha ritenuto sussistenti «gravi ragioni per sospendere l’efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, apparendo, allo stato e ad una va-

⁴⁵ In *Sistema penale*, del 23 ottobre 2023.

⁴⁶ Il decreto (N. R.G. 14094-1/2023) è reperibile online.

⁴⁷ Pertinente la domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell’articolo 98, par. 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia in causa C-406/22.

lutazione sommaria, propria di questa fase cautelare, la situazione del Paese di origine tale da vincere la presunzione di cui all'art. 2 bis D. Lgs 25/2008».

Si tratta di aspetti dei quali, evidentemente, non si è tenuto conto nella conclusione del *Memorandum* tra Unione e Tunisia, il quale, a prescindere dalla sua natura giuridica, prevede in particolare la «gestion efficace des frontières, le développement d'un système d'identification et de retour des migrants irréguliers déjà présents en Tunisie vers leurs pays d'origine»⁴⁸.

Quanto precede dovrebbe suggerire di procedere con estrema cautela alla designazione dei Paesi di origine o terzi sicuri e all'applicazione automatica delle liste di detti Paesi.

Invero, affinché il concetto in esame possa funzionare in conformità con il divieto di *refoulement*, nonché con i principi e i diritti fondamentali operanti nell'ordinamento dell'UE, è necessario poter stabilire che lo Stato terzo sia *safe* (non in generale, ma) per quella persona⁴⁹.

È, dunque, evidente la centralità del ruolo delle autorità competenti nell'assumere informazioni volte a delineare la situazione dello Stato di rinvio. Ciò trova riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo⁵⁰.

⁴⁸ V. sub «Migration et mobilité» del testo del Memorandum del 16 luglio 2023, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_23_3887. In argomento v. M. GIUFFRÉ, C. DENARO, F. RAACH, *On 'Safety' and EU Externalization of Borders: Questioning the Role of Tunisia as a "Safe Country of Origin" and a "Safe Third Country"*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, p. 570 ss.

⁴⁹ D'altro canto, in assenza di un attento esame della situazione personale, potrebbe aversi, il rischio di decisioni seriali condizionate dalla cittadinanza dell'interessato, come tali in contrasto con il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, ex art. 3, par. 1 della Convenzione del 1951, con la quale deve essere bensì compatibile la «politica comune in materia di asilo» (art. 78, par. 1 TFUE). Certo, la Convenzione in parola non esclude procedure differenziate dell'esame delle domande di protezione; peraltro, qui si tratta di un possibile approccio applicativo, nel corso di procedure accelerate, del concetto di Paese di origine sicuro, suscettibile di ostacolare di fatto che le persone provenienti da un dato Paese possano aspirare alla protezione internazionale.

⁵⁰ Entrambe le Corti hanno attirato l'attenzione sull'obbligo delle autorità competenti di fondare le proprie determinazioni sulle informazioni relative al Paese di origine, anche assumendo autonomamente l'iniziativa di acquisirle: per la Corte di giustizia, v. la sentenza resa dalla Grande Sezione il 5 settembre 2012, C-71/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*, punto 76 ss.; inoltre, le sentenze del 31 gennaio 2013, causa C-175/11, H.I.D., *B.A. c. Refugee Applications Commissioner e altri*, punto 70 s.; del 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Shepherd c. Bundesrepublik Deutschland*, punto 52 s. Per la Corte europea, v. la sentenza 2 settembre 2010, *Y.P. e L.P. c. Francia*, par. 70. Si hanno altresì sentenze il cui processo formativo appare ampiamente definito dalle informazioni relative al Paese di origine della persona di cui si tratta (cause riunite C-411/10 e C-493/10, cit., punto 87 ss.). In parti-

Degne di nota, in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 16 febbraio 2023 nella causa C-756/21 (*International Protection Appeals Tribunal e.a.* (Attentato in Pakistan)):

«benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa», sussistendo un «obbligo positivo» delle autorità degli Stati membri di agire in cooperazione con il richiedente per esaminare tali elementi».

Accogliendo tale approccio, nella sentenza del 29 giugno 2023 la Corte ha statuito che l'obbligo di cooperazione previsto dall'art. 4, par. 1 della direttiva qualifiche, «impone all'autorità accertante di procurarsi [...] informazioni precise e aggiornate su tutti i fatti pertinenti che riguardano la situazione generale esistente nel paese d'origine di un richiedente asilo e protezione internazionale nonché».

Dunque, affinché l'onere di cooperazione possa ritenersi soddisfatto, il giudice di merito non potrebbe limitarsi ad asserire l'infondatezza della domanda richiamando genericamente delle fonti internazionali, senza ulteriore indicazione. Il giudice, cioè, non deve accontentarsi di generiche enunciazioni, d'altro canto sorgente di equivoci quanto alla loro attribuzione, ma deve indicare con precisione quali fonti abbia utilizzato nel pervenire alla propria decisione⁵¹.

colare, ove sia asserita la violazione dell'art. 3 CEDU, per effetto dell'espulsione dei ricorrenti verso un dato Stato, la Corte europea, come è noto, concentra la propria attenzione sulle «*foreseeable*», «*prévisibles*» (espressioni ricorrenti in sentenze nelle quali la Corte ha tutelato il ricorrente applicando *par ricochet* l'art. 3 della Convenzione e già presenti nella nota sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, par. 87 ss.) conseguenze dell'allontanamento del ricorrente verso quello Stato, alla luce della situazione generale di quest'ultimo, alla data critica considerata, così venendo in gioco le informazioni sullo Stato in parola

⁵¹ V. l'ordinanza n. 11312, del 29 febbraio 2019. Nell'ordinanza n. 17069, del 28 giugno 2018, si legge che la legislazione pertinente offre «la possibilità, e dunque il dovere, [...] di accertare d'ufficio», a mezzo di informazioni reperibili dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo la situazione del Paese di origine. Con ordinanza n. 7831, del 19 febbraio-20 marzo 2019, la Corte, ha statuito «il potere-dovere del giudice di accertare anche di ufficio» l'esistenza di «fenomeni di violenza indiscriminata» indicati dall'interessato a fondamento della propria richiesta di protezione. Con ordinanza n. 11097, del 19 aprile 2019, la Corte di cassazione ha statuito che il giudice è tenuto a verificare l'autenticità (ad esempio, attraverso canali diplomatici) della documentazione prodotta solo in copia dal ricorrente a sostegno delle proprie ragioni; documentazione che non potrebbe essere scartata

Trattandosi di decisioni giudiziali, quanto precede va inteso anche in senso funzionale all'esercizio del diritto ad un ricorso effettivo, e adegua ermeneuticamente le disposizioni di cui si tratta all'art. 111 Cost.

4. Osservazioni su alcuni profili problematici della normativa italiana in materia

La Corte di cassazione ha statuito che l'inclusione di un Paese nell'elenco dei Paesi di origine sicuri

«non preclude la possibilità per il ricorrente di dedurre la propria provenienza da una specifica area del Paese stesso interessata a fenomeni di violenza e insicurezza generalizzata che, ancorché territorialmente circoscritti, possono essere rilevanti ai fini della concessione della protezione internazionale o umanitaria, né esclude il dovere del giudice, in presenza di detta allegazione, di procedere all'accertamento in concreto sulla pericolosità di detta zona e sulla rilevanza dei predetti fenomeni»⁵².

La variabilità geografica della sicurezza di uno Stato è presa in considerazione dalla legge italiana, la quale prevede che dalla designazione di sicurezza di un Paese di origine possano essere escluse parti del suo territorio o di categorie di persone⁵³. Siffatta possibilità è prevista per la designazione dello Stato terzo e di origine sicuri dal regolamento (articoli 59, par. 2 e 61,

tout court, in quanto esibita in copia o in apparenza falsa. Inoltre, v. l'ordinanza n. 24010, del 30 ottobre 2020.

⁵² Ordinanza n. 29914, del 18 novembre 2019.

Più in generale: «Given the complex and substantive nature of the inquiry, the examination of an internal flight or relocation alternative is not appropriate in accelerated procedures, or in deciding on an individual's admissibility to a full status determination procedure» (UNHCR, Guidelines on International Protection, cit. par. 36).

⁵³ La «designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone»: art. 2-*bis*, par. 2) del d.lgs. 25/2008, cit.; l'art. 28, par. 1, lett. c-*ter*) prevede poi l'esame prioritario della domanda presentata «da un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-*bis*)»; l'art. 28-*bis*, par. 1-*bis*, aggiunge che nel caso ora considerato «la questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni»; infine l'art. 28-*ter*, par. 1, lett. b) reca che la domanda è dichiarata infondata nel caso di provenienza da Paese di origine sicuro, espressione comprensiva come si è vista del caso previsto dalla disposizione inizialmente riportata.

par. 2) che sostituirà la direttiva in esame. Questa non ne fa cenno, così scartando, verosimilmente, la possibile previsione in parola⁵⁴.

Tuttavia, la legislazione italiana potrebbe ritenersi astrattamente compatibile con la direttiva vigente, posto che l'art. 36 di questa prevede l'adozione, da parte degli Stati membri, di modalità di attuazione della stessa direttiva: ora, una di queste modalità potrebbe consistere nel precisare quali parti del territorio di uno Stato inserito nella lista non siano sicure o nell'escludere la sicurezza per alcune categorie di persone.

Inoltre, l'Allegato I della direttiva procedure reca che un Paese d'origine è considerato sicuro, tra l'altro, se non ci sono generalmente e costantemente le persecuzioni di cui fa menzione l'art. 9 della direttiva qualifiche. Ora, quest'ultima, oltre a prevedere il carattere effettivo e non episodico della protezione, reca che nell'esame

«della domanda di protezione internazionale, gli Stati membri possono stabilire che il richiedente non necessita di protezione internazionale se, in una parte del territorio del paese d'origine, questi: a) non ha fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corre rischi effettivi di subire danni gravi; oppure b) ha accesso alla protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all'articolo 7; e può legalmente e senza pericolo recarsi ed essere ammesso in quella parte del paese e si può ragionevolmente supporre che vi si stabilisca».

Per l'operare di detta previsione, «gli Stati membri tengono conto al momento della decisione sulla domanda delle condizioni generali vigenti in tale parte del paese, nonché delle circostanze personali del richiedente (...)», assumendo «informazioni precise e aggiornate» dalle fonti pertinenti indicate (art. 8; corsivo aggiunto)⁵⁵.

⁵⁴ V. M. FLAMINI, cit., p. 11 s.

⁵⁵ È prospettabile che siffatte condizioni generali possano costituire in determinate situazioni una presunzione sfavorevole al rinvio in un dato Paese. Così nel caso cui fa riferimento (*Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative European Comparative Report*, con bibliografia finale, www.ecre.org) il par. 27 del Preambolo di quello stesso atto: «qualora lo Stato o agenti dello Stato siano i responsabili della persecuzione e dei danni gravi, si dovrebbe presupporre che il richiedente non abbia la possibilità di beneficiare di una protezione efficace». Inoltre, per la designazione della zona va tenuto conto che «quando il richiedente è un minore non accompagnato, l'esistenza di adeguati dispositivi di assistenza e custodia che siano nell'interesse superiore del minore non accompagnato dovrebbe costituire un elemento per valutare se una protezione sia effettivamente disponibile».

Dunque, potrebbe ritenersi che nelle situazioni indicate la legge italiana consenta l'applicazione delle procedure previste per l'esame di domande di cittadini di Paesi di origine sicuri.

Ora, soprattutto in vista dell'operare del nuovo regolamento, qui vale la pena di rilevare che l'esclusione territoriale in parola non elimina affatto un'attenta valutazione fattuale, come recita la direttiva, di tutte le aree pertinenti dello Stato terzo in relazione alla situazione del richiedente protezione; inoltre, della prospettiva di trattamento dell'interessato da parte degli attori di protezione internazionale; nonché della sua durata nel tempo⁵⁶. La qual cosa, come è facile scorgere, potrebbe risultare di difficile riscontro pratico.

Degne di nota, in argomento, le seguenti indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo:

«the person to be expelled must be able to travel to the area concerned, to gain admittance and be able to settle there, failing which an issue under Article 3 may arise, the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment»⁵⁷.

In argomento cfr. il parere reso (il 20 luglio 2016, reperibile in www.uitspraken.rechtspraak.NL) dal Procuratore generale su richiesta del Consiglio di Stato olandese (seguendo le indicazioni del Meijers Committee, CM1515, Note on an EU List of Safe Countries of Origin: Recommendations and Amendments, del 5 ottobre 2015, reperibile online).

⁵⁶ D'altro canto, lo stato di violenza suscettibile di interessare chiunque, a prescindere dalla situazione personale, ad esempio per effetto di un conflitto armato interno, costituisce un dato importante da prendere in considerazione in vista del possibile allontanamento di una persona verso la sua zona/regione di origine: v. la sentenza resa dalla Cour nationale du droit d'asile francese il 30 aprile 2021, nel caso M. B., reperibile nel sito web dell'ECRE. Degni di nota infine gli svolgimenti contenuti nella decisione resa dalla stessa Corte il 15 giugno 2021, nell'affare M.S., nel quale il giudice ha preso in considerazione, in particolare, i rapporti del Segretario generale delle NU sulla situazione nello Stato di origine; su queste basi ha esaminato «concrètement les risques» del trasferimento di una persona in «un point précis du territoire, en prenant en compte l'itinéraire qu'il devra suivre depuis son point d'entrée sur le territoire de son pays d'origine jusqu'à son arrivée dans la zone de protection envisagée». La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una presunzione di rischio di persecuzione sul territorio statale nel suo complesso ove la stessa derivi da attori statali (cfr. di seguito, nel testo) o sia da questi tollerata; inoltre, ha fornito indicazioni sui fattori da prendere in considerazione in vista dell'esame del possibile trasferimento in una zona del territorio.

⁵⁷ Sentenza Salah Sheekh, cit. par. 141. V. pure la decisione 7 novembre 2017, X c. Germania.

Venendo in gioco la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'approccio della Corte, dunque, vanno prese in considerazione le sole zone interne raggiungibili e nelle quali la persona possa stabilirsi⁵⁸.

Uno degli aspetti problematici posti dalla legislazione italiana deriva dal contenuto dell'art. 9 del d. lgs. n. 25 cit. Nei casi astrattamente considerati, previsto che la decisione sulle domande di protezione è comunicata per iscritto; che la decisione che respinga la domanda di protezione reca le motivazioni di fatto e di diritto e le indicazioni sui mezzi di impugnazione ammissibili, l'art. 9 aggiunge che la

«decisione con cui è rigettata la domanda presentata dal richiedente, è motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso».

L'art. 11, par. 2 della direttiva reca invece che

«Gli Stati membri dispongono inoltre che la decisione con cui viene respinta una domanda riguardante lo status di rifugiato e/o lo status di protezione sussidiaria sia corredata di motivazioni *de jure* e *de facto* e che il richiedente sia informato per iscritto dei mezzi per impugnare tale decisione negativa».

A noi pare che la norma italiana, riferita a una procedura accelerata fondata sulla presunzione semplice del carattere sicuro di un dato Stato, non possa escludere l'indicazione, ancorché solo *per relationem*, delle fonti utilizzate dalla Commissione territoriale per pervenire alla decisione e alle quali fa sinteticamente riferimento l'art. 2-*bis*, par. 4 (coerentemente con l'art. 8, par. 3, cit.): si ha riguardo al presupposto della motivazione in senso stretto la cui assenza, ci sembra, realizzerebbe la lesione del principio di cooperazione dell'autorità amministrativa. Trattandosi di norma di adattamento a un atto dell'Unione europea, il suo operare va adeguato ermeneuticamente all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Giusta quanto statuito dalla Corte di giustizia nel caso *Samba Djouf*, il diritto del richiedente asilo a un mezzo di impugnazione efficace davanti a un giudice è un

⁵⁸ V. pure UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/04, del 23 luglio 2003, reperibile online.

principio generale del diritto dell'Unione, attualmente consacrato nell'art. 47 di quella Carta⁵⁹. Ora, l'assenza dell'indicazione in parola renderebbe davvero più difficile per l'interessato poter far valere adeguatamente le proprie doglianze nella fase successiva. In effetti, nella procedura in parola, sono previsti tempi brevissimi per l'impugnazione giudiziaria della decisione, senza effetti sospensivi; inoltre, il giudice è tenuto a riesaminare il caso nel suo complesso, in un processo avente ad oggetto, per l'appunto, il riconoscimento della protezione internazionale. Si pensi, esemplificativamente, a una situazione nella quale, come si è visto, davanti alla Commissione territoriale siano venute in rilievo fonti non aggiornate rispetto al contesto attuale di uno Stato di origine caratterizzato da condizioni mutevoli di sicurezza⁶⁰.

Quanto al regolamento procedure, l'art. 36, par. 2 prevede che la decisione di inammissibilità della domanda – la quale può aversi anche nei casi in cui il richiedente provenga da un Paese di primo asilo o da Stato terzo sicuro – indichi i motivi in fatto e in diritto del suo rigetto, così escludendo ogni dubbio sul contenuto della decisione. Sebbene siffatte indicazioni non siano fornite per la decisione che concluda la procedura accelerata (l'art. 36, par. 1 reca infatti che la «decisione sulla domanda di protezione internazionale è resa per iscritto ed è comunicata al richiedente quanto prima a norma del diritto nazionale dello Stato membro»), in considerazione di quanto precede, a noi pare che la costruzione testé accolta vada seguita anche per il contenuto della decisione che concluda la procedura accelerata, prevista dal regolamento, per provenienza dal Paese di origine sicuro.

Infine, vale la pena di rilevare che, anteriormente alla l. n. 50 del 2023 cit., la legislazione italiana aveva previsto la possibilità del ricorso, dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, avverso la decisione della Commissione territoriale, senza effetto sospensivo automatico. La l. in parola ha esteso le eccezioni a quell'effetto, ricomprendendo nelle stesse le procedure in zona di frontiera o di transito concernenti la domanda presentata in dette zone da persona proveniente da uno Stato di origine sicuro (art. 35 *bis*). In effetti, l'art. 46 della direttiva procedure elenca i casi nei quali «Gli Stati membri dispongono che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice»; il par. 6 ha riguardo al caso di domanda amministrativa

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Brabim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, ECLI:EU:C:2011:524. Adde le indicazioni in COM(2023) 786 def., del 4 dicembre 2023, recante il rapporto della Commissione dal titolo *Effective legal protection and access to justice 2023 Annual report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights*.

⁶⁰ V. *supra*, testo e note 45-47.

rigettata per manifesta infondatezza, richiamando la disciplina degli articoli 32, par. 2 e 31, par. 8, e cioè i casi di domanda infondata di richiedenti provenienti da Paesi di origine sicura: in deroga alla disciplina generale, la norma in parola prevede che, in una siffatta situazione, il giudice decide, su istanza del richiedente o d'ufficio sull'autorizzazione a restare nel territorio, fatte salve le disposizioni più favorevoli del diritto nazionale⁶¹.

Ciò posto, l'applicazione della norma che scarti l'effetto sospensivo presuppone il corretto svolgimento della procedura accelerata davanti alla Commissione territoriale; diversamente, ove si abbia deviazione «dalle articolazioni procedimentali, si determina il ripristino della procedura ordinaria ed il riesandersi del principio generale di sospensione automatica del provvedimento della Commissione territoriale»⁶².

Certo, sulla normativa italiana in materia, anteriore alla l. del 2023 ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di giustizia, precisando – anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali – che spetta all'autonomia degli Stati membri la decisione di inserire o no nel proprio sistema processuale un secondo grado di ricorso corredato da un procedimento cautelare volto a sospendere l'esecuzione della decisione di rigetto del ricorso⁶³. Con la precisazione che tale previsione deve essere sempre rispettosa dei principi di equivalenza, la cui valutazione è demandata al giudice nazionale, ed effettività, che la Corte aveva ritenuto garantito nel caso di specie, posto che, in materia di protezione internazionale, il diritto dell'Unione richiede soltanto un mezzo di ricorso giurisdizionale⁶⁴. Si tratta di svolgimenti che hanno dato luogo a considerazioni critiche qui sinteticamente richiamate⁶⁵.

⁶¹ Il giudice decide di ufficio o su istanza del richiedente, «se autorizzare o meno la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato membro, se tale decisione mira a far cessare il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro e, ove il diritto nazionale non preveda in simili casi il diritto di rimanere nello Stato membro in attesa dell'esito del ricorso».

⁶² V. *supra*, testo e nota 36 s.

⁶³ Ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18, FR c. Ministero dell'Interno - Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale presso la Prefettura U.T.G. di Milano.

⁶⁴ Ivi, punto 46. Inoltre, con sentenza del 26 settembre 2018, causa C-175/17, X c. *Belastingdienst/Toeslagen*, la Corte di giustizia ha statuito che l'art. 39 della direttiva (procedure prima versione) 2005/85/CE e l'art. 13 della direttiva rimpatri

«letti alla luce dell'articolo 18 e dell'articolo 19, paragrafo 2, nonché dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale la quale, pur prevedendo un appello contro le sentenze di primo grado confermate di decisioni che respingono domande di protezione internazionale e impongono un obbligo di rimpatrio, non dota tale mezzo di impugnazione

D'altro canto, in materia vengono in gioco anche le osservazioni degli organi di garanzia della CEDU, sul limitato ambito di applicazione dell'art. 6 della stessa Convenzione in materia di provvedimenti sull'ingresso, soggiorno e allontanamento di individui stranieri; peraltro, nella stessa materia opera la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'automaticità dell'effetto sospensivo ove sia in gioco il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU. Da quella giurisprudenza si ricava, cioè, che, a garanzia del *non-refoulement*, l'effetto sospensivo automatico (l'effettività del ricorso) prevale sulla presunzione di sicurezza di uno Stato:

«on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est seulement accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être incorrectement refusée, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler la décision d'expulsion litigieuse pour non-respect de la Convention, par exemple parce qu'elle estime, après un examen plus approfondi, que l'intéressé risquerait quand même de subir des mauvais traitements dans le pays de destination. En pareil cas, le recours en extrême urgence exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13 »⁶⁶.

di effetto sospensivo automatico, anche quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non respingimento» (punto 48).

Sul punto vale la pena di riportare la seguente posizione del Comité contre la torture, Observations finales du Comité contre la torture, France, 26 avril - 14 mai 2010, www2.ohchr.org:

«Le demandeur peut donc être renvoyé vers un pays où il risque la torture, et ce avant que la Cour nationale du droit d'asile ait pu entendre sa demande de protection (...) le Comité n'est pas convaincu que la procédure prioritaire offre des garanties suffisantes contre un éloignement emportant un risque de torture (art. 3). Le Comité a recommandé que la France instaure un recours suspensif pour les demandes d'asile placées en procédure prioritaire».

V. pure di seguito, testo e note richiamate.

⁶⁵ V., in www.questionegiustizia.it, i commenti (all'ordinanza di rinvio) di A. ADINOLFI, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano* (n. 44718/2017), 29 giugno 2018; e (su quella della Corte) di F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale*; F.G. DEL ROSSO, L. PISONI, *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, 6 marzo 2019.

⁶⁶ Sentenza del 7 luglio 2015, *V.M. e altri c. Belgio*, par. 214 (anche per altre indicazioni); affare poi cancellato dal ruolo il 17 novembre 2016. Essendo in gioco il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU, giusta le indicazioni della sentenza relativa al caso Saadi c. Italia, par. 129 ss., se, per un verso, «[i]t is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to

Siffatte indicazioni – che trovano riscontro nella “giurisprudenza” del Comitato contro la tortura e del Comitato per i diritti dell’uomo⁶⁷ – appaiono implicitamente accolte, ci sembra, nell’art 68, par. 3 del regolamento procedure: l’effetto sospensivo opera a favore del richiedente che abbia il diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro, diritto escluso per il richiedente soggetto a procedura accelerata, in particolare, in quanto proveniente da uno Stato di origine (non per coloro che provengano da uno Stato terzo sicuro o di primo asilo), ma fatto salvo il principio di *non-refoulement*.

D’altro canto, in materia sono suscettibili di operare le misure cautelari di sospensione dell’esecuzione del provvedimento di espulsione che possono essere concesse dal – o che funzionino automaticamente davanti al – giudice interno o – tra gli organi di controllo degli atti internazionali sui diritti individuali – dalla Corte europea per evitare il rischio di un danno irreparabile per effetto, per l’appunto, dell’espulsione⁶⁸.

5. Esame della domanda e assicurazioni diplomatiche dello Stato di allontanamento del richiedente protezione

In definitiva, sulla base di quanto precede, l’operare dei concetti in parola dovrebbe considerarsi subordinato all’accertata inesistenza dei pericoli di violazioni dei diritti che il divieto di *refoulement* intende garantire; non-

treatment contrary to Article 3 (...)»; per altro verso, ove «such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it». Si vedano pure le sentenze del 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. Francia*, in specie par. 65; 20 settembre 2007, *Sultani c. Francia*, paragrafi 50-52. La giurisprudenza in parola trova applicazione anche nel caso di asserita violazione degli articoli 2 e 4 della CEDU, ma non ove si tratti dei diritti previsti dall’art. 8; ciò non esclude il funzionamento dell’art. 13 della stessa Convenzione (v. la sentenza del 13 dicembre 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, par. 82 s.). D’altro canto, l’effetto di cui si tratta non potrebbe essere puramente teorico: sentenza del 5 luglio 2016, *A.M. c. Olanda*, par. 66.

⁶⁷ Per il primo Comitato, v. *supra*, nota 64, nonché, in precedenza, le «Concluding Observation» sull’Austria del 15 dicembre 2005, CAT/C/AUT/CO/3; del 20 giugno 2011, sulla Slovenia, CAT/C/SVN/CO/3 e le indicazioni nella Observation générale no 4 (2017) sur l’application de l’article 3 de la Convention dans le contexte de l’article 22, del 4 settembre 2018; per il secondo Comitato, tra le altre, v. le «Osservazioni» del 12 agosto 2004, sul Belgio, CCPR/CO/81/BEL; del 12 novembre 2012, sulla Germania, CCPR/C/DEU/CO/6. Inoltre International Commission of Jurists, Common Asylum Procedure Regulation ICJ comments on the current proposal of the Regulation, April 2017, p. 12 ss. (reperibili online).

⁶⁸ V., ad esempio, le sentenze del 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*; e del 23 luglio 2020, *M. K. e altri c. Polonia*.

ché, giusta diffuse indicazioni giurisprudenziali, comprese quelle contenute nella decisione della Corte suprema del Regno Unito inizialmente considerata⁶⁹, all'accertato funzionamento nello Stato terzo di un quadro normativo idoneo a impedire il rischio di *refoulement*, della persona da riammettere.

In proposito, vale la pena di seguire da vicino la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 21 novembre 2019, relativa all'affare *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. La Corte ha accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dello Stato convenuto, le cui autorità avevano «removed» gli interessati verso la Serbia, sulla base di una lista di Stati terzi sicuri creata con un decreto governativo, senza compiere una valutazione seria e approfondita del caso specifico e senza preoccuparsi degli effetti di un respingimento a catena verso altri Stati. Come si legge nella sentenza (par. 152)

«[t]he Convention does not prevent Contracting States from establishing lists of countries which are presumed safe for asylum seekers. Member States of the EU do so, in particular, under the conditions laid down by Articles 38 and 39 of the Asylum Procedures Directive [...]. The Court considers, however, that any presumption that a particular country is “safe”, if it has been relied upon in decisions concerning an individual asylum seeker, must be sufficiently supported at the outset by an analysis of the relevant conditions in that country and, in particular, of its asylum system»⁷⁰.

In effetti, gli articoli 38 (art. 59 del nuovo regolamento) e 39 della direttiva procedure impongono alle autorità competenti di prendere in esame le

⁶⁹ Par. 38 della decisione cit. *supra*, nota 5.

⁷⁰ Nei casi sottoposti al suo giudizio, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è astenuta da un esame di merito degli elenchi nazionali dei Paesi sicuri. Seguendo un approccio procedurale, la Corte si è soffermata sull'accertamento della presenza e funzionamento delle garanzie che devono sovrintendere le procedure seguite dalle autorità statali nel decidere sul rinvio verso un Paese considerato sicuro, prescindendo dalla descrizione di questo accolta dallo Stato convenuto e concentrando l'attenzione sulla posizione di quel Paese rispetto alla situazione del ricorrente. V. Grande Camera, 23 marzo 2016, *F.G. c. Svezia*, par. 117; sentenza 10 maggio 2016, ricorso n. 49867/08, *Babajanov c. Turchia*. D'altro canto, allo scopo indicato, va presa in considerazione anche la prassi seguita dallo Stato verso il quale la persona sia allontanata nei rapporti con lo Stato terzo di cui sia cittadino quella stessa persona; vengono in gioco, cioè, le garanzie offerte dal primo Stato contro l'eventuale allontanamento nel secondo (v. la decisione del 2 dicembre 2008, ricorso n. 32733/08, *K.R.S. c. Regno Unito*; e cfr. la sentenza della Corte suprema del Regno Unito, cit. *supra*, testo e nota 5).

domande di protezione alla luce della effettiva situazione attuale del Paese terzo di cui si tratta.

Ciò posto, sulla falsa riga di svolgimenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, a quanto precede è opportuno aggiungere che ove lo Stato membro dal cui punto di vista ci si ponga chieda a quello di destinazione del richiedente protezione delle assicurazioni diplomatiche di non sottoposizione dello stesso, in particolare, a trattamenti contrari all'art. 3 della CEDU, la circostanza che siffatte assicurazioni siano date non dispensa il giudice dall'esaminare se le medesime forniscano, «nella loro effettiva applicazione, una garanzia sufficiente per la protezione del ricorrente contro il rischio di trattamenti vietati dalla Convenzione»⁷¹.

A quelle assicurazioni ha riguardo il *General Comment* n. 4 del Comitato delle NU contro la tortura sull'attuazione dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984⁷²: in esso si legge che le stesse saranno escluse ove siano utilizzate «as a loophole to undermine the principle of non-refoulement as set out in Article 3 of the Convention, where there are substantial grounds for believing that he/she would be in danger of being subjected to torture in t[he destination] State» (par. 20)⁷³.

Nel caso inziamente ricordato, sottoposto al giudizio della Corte suprema del Regno Unito, il Segretario di Stato aveva fatto affidamento sulle assicurazioni fornite dal Governo ruandese per escludere qualsiasi preoccupazione derivante dal cattivo funzionamento passato del sistema di asilo dello Stato terzo. Peraltro, muovendo dalla giurisprudenza del giudice di Strasburgo, quella Corte ha ricordato che l'approccio da adottare di fronte a siffatte assicurazioni è quello indicato nell'affare *Othman c. Regno Unito*⁷⁴. In quel caso la Corte europea ha statuito l'obbligo di esaminare se le assicurazioni forniscano, nella loro applicazione pratica, una garanzia sufficiente per la protezione del richiedente da maltrattamenti. Il peso da attribuire alle garanzie dello Stato ricevente dipende, in ciascun caso, dalle cir-

⁷¹ Sentenza del 4 aprile 2010, *Klein c. Russia*, par. 55 ss. Dette assicurazioni sono state valorizzate nell'affare *Aborugeze c. Svezia* (16 luglio 2008, par. 91) ed escluse in *G.S. c. Bulgaria* (4 aprile 2019).

⁷² CAT, General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, UN Doc. CAT-CGC-4, del 9 febbraio 2018.

⁷³ Si tratta dunque di un approccio «case by case», diverso da quello inizialmente sottoposto all'attenzione degli Stati: v. CAT, General Comment No. 1 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22: Draft prepared by the Committee, UN Doc. CAT/C/60/R.2, 2 febbraio 2017, par. 20.

⁷⁴ Par. 46 della decisione cit. *supra*, testo e nota 5.

costanze prevalenti al momento dei fatti⁷⁵; dovendo quindi prendersi in considerazioni elementi probatori, non solo le comunicazioni dello Stato richiesto.

ABSTRACT

Variables and practices of secure third state concepts

This paper analyses the concept of the “safe third country” in the European Union’s asylum law, examining its legal implications and practical challenges. The concept allows for the transfer of asylum seekers to a third country deemed safe, where they can access protection without the transferring state examining their asylum claim. The paper explores the concept’s evolution, its various forms in EU legislation, and the criteria for designating a country as safe. It also critically examines the Italian legislation on the “safe country of origin,” highlighting potential issues such as the limited timeframe for appeals and the lack of detailed reasoning in rejection decisions. The paper concludes by emphasizing the importance of thorough assessments and cooperation between states to ensure the protection of asylum seekers’ rights in the application of the “safe third country” concept.

⁷⁵ Sentenza del 12 gennaio 2012, par. 48.

PROFILI CRITICI DEL TRATTENIMENTO NELLE NUOVE PROCEDURE DI FRONTIERA

Giulia Colavecchio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *fictio iuris* del non-ingresso nelle procedure di frontiera previste dal Nuovo Patto. – 3. La procedura di *screening* : verso un trattenimento generalizzato. – 4. Profili critici sulla libertà personale dei richiedenti nel corso della procedura di asilo alla frontiera. – 5. Il “soggiorno” del migrante durante la procedura di rimpatrio alla frontiera. – 6. La (forse troppa) flessibilità del trattenimento alla frontiera in tempi di emergenza. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Dopo una gestazione durata più di quattro anni, nel maggio 2024 il Consiglio e il Parlamento hanno adottato un pacchetto di atti legislativi a compimento di quanto comunicato dalla Commissione nel Nuovo Patto europeo sulle migrazioni e l’asilo del 2020¹.

La maggior parte degli atti legislativi adottati si applicheranno a partire dal 12 giugno 2026². Nel biennio compreso tra l’entrata in vigore e l’attuazione della nuova normativa in materia di migrazione ed asilo, seguendo la *roadmap* indicata dalla Commissione nel Piano di attuazione comune del Patto sulla migrazione e l’asilo³ presentato nel giugno 2024, gli

* Ricercatrice di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Il pacchetto approvato è composto da dieci fascicoli legislativi, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea il 22 maggio 2024. Per una ricostruzione accurata delle tappe che hanno portato all’approvazione degli atti legislativi collegati al Patto si veda P. DE BRUYCKER, *Genealogy of and futurology on the pact on migration and asylum* , in *Eumigrationlawblog* , 6 maggio 2024. Per dei primi commenti d’insieme si rimanda a B. NASCIMBENE, *Editoriale* , in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* , 2/2024; A. DI PASCALE, *Pubblicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo* , in *Eurojus* , 27 maggio 2024; M. BORRACCETTI, *Alcune possibili criticità nell’attuazione del nuovo Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo* , in questo volume; L. KHENNOUF, *Brève remarques sur le Pacte migration et asile et le droit international public* , in *Revue de l’Union Européenne* , 2024, pp. 473-480.

² Rappresenta un’eccezione il regolamento (UE) 2024/1350 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce un quadro dell’Unione per il reinsediamento e l’ammissione umanitaria e modifica il regolamento (UE) 2021/1147, che è applicabile dall’11 giugno 2024.

³ COM/2024/251 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al

Stati membri dovranno elaborare i piani nazionali entro il 12 dicembre 2024⁴. Quello che viene settato dalla Commissione è un triplice obiettivo che contempla un'attuazione del Patto che sia congiunta e gestibile per tutti gli Stati membri, unitaria rispetto al complesso degli atti legislativi approvati alla luce della loro interconnessione e funzionale al consolidamento della fiducia reciproca necessaria affinché al termine del periodo di transizione il nuovo sistema di gestione della migrazione e l'asilo funzioni.

Il nuovo apparato normativo che regola asilo e migrazioni nell'Unione contiene diverse disposizioni in diversi strumenti legislativi che sono esplicitamente o implicitamente relative al trattenimento dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale. Le norme che regolamentano il trattenimento nel diritto dell'Unione europea non rappresentano certamente un fatto nuovo. Si consideri che è già trascorso più di un decennio dall'armonizzazione del trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo, sia ai fini espulsivi che nelle more delle procedure di asilo⁵.

Tuttavia, in questi anni sono emerse con forza numerose debolezze strutturali presenti nel diritto dell'Unione che hanno consentito il proliferare dei casi di detenzione *de facto*⁶, spesso accompagnati da condizioni detentive che oscillano tra la precarietà e l'inaccettabilità.

Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni piano di attuazione comune del Patto sulla migrazione e l'asilo, del 12 giugno 2024.

⁴ La prima fase di attuazione degli atti legislativi del Patto è "guidata" dall'Ungheria, che ha assunto la presidenza semestrale del Consiglio dell'Unione dal primo luglio 2024 che, tra l'altro, è stata recentemente condannata dalla Corte di giustizia a versare una cospicua somma forfettaria e una penalità di mora giornaliera per la mancata esecuzione prolungata della sentenza della Corte del 2020 *Commissione c. Ungheria* relativamente all'accesso alla procedura di protezione internazionale, e alla procedura di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Si evidenzia anche come la Commissione, a partire dal 2015, abbia avviato nei confronti dell'Ungheria sette procedure di infrazione in materia di asilo, di cui quattro giunte alla fase contenziosa dinanzi alla Corte. Si veda: Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2020:1029; Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 2024, causa C-123/22, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2024:493; B. NASCIMBENE, *Editoriale*, cit., in cui l'A. evidenzia anche come le preoccupazioni destinate dalla presidenza ungherese non si sopiscono nel semestre successivo quando alla presidenza del Consiglio si avvicinerà la Polonia. Si ricorda, infine, che la Corte ha ritenuto i trattenimenti generalizzati nelle zone di transito di Röske e di Tompa contrari al diritto dell'Unione europea. Si veda Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:367; Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, 2020, cit. La sentenza della Corte del 2024 non riguarda, invece, il trattenimento nelle zone di transito essendone stata accertata la chiusura.

⁵ Per approfondire si veda *ex multis* R. PALLADINO, *La Detenzione dei Migranti: Regime Europeo, Competenze Statali e Diritti Umani*, Napoli, 2018.

⁶ Sull'illegittimità di diverse pratiche di detenzione *de facto* nello spazio giuridico

Il perno dell'approccio detentivo nel sistema di gestione delle migrazioni e dell'asilo è rintracciabile nel sistema *hotspot*⁷ che prende le mosse dall'Agenda europea sull'immigrazione del maggio 2015⁸.

La riforma del sistema della migrazione e l'asilo si è dimostrata sin dalla sua proposta molto lontana dall'annunciato proposito di un "nuovo inizio"⁹ nella costruzione di «un sistema in grado di gestire e *normalizzare* a lungo termine la migrazione e che sia pienamente fondato sui valori europei e sul diritto internazionale»¹⁰. Per quanto concerne gli strumenti di implementazione del Patto, come già evidenziato a seguito delle proposte della Commissione¹¹, quello che viene davvero normalizzato è l'approccio *hotspot*, ampliando concettualmente il metodo dei "punti di crisi" e trasformandolo nell'elemento cardine della rinnovata gestione delle frontiere esterne.

In questo contributo verrà effettuata una ricognizione degli strumenti detentivi "alla frontiera" presenti negli atti legislativi adottati in attuazione del Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo, in particolare nel regio-

dell'Unione si sono espresse ripetutamente sia la Corte europea dei diritti dell'uomo che la Corte di giustizia dell'Unione europea. Si rimanda a titolo esemplificativo alle note sentenze: Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Kblaiifia e altri c. Italia*; Corte di giustizia, FMS, FNZ e SA, SA junior, cit.

⁷ In argomento, *ex plurimis*, si vedano: G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015, in particolare pp. 18-27; M. PICHOU, *Reception or Detention Centres? The Detention of Migrants and the New EU "Hotspot" Approach in the Light of the European Convention on Human Rights*, in *Critical Quarterly for Legislation and Law*, 2/2016, pp. 114-131; F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, pp. 109-134.

⁸ Comunicazione della Commissione, del 13 maggio 2015, *Agenda europea sulla migrazione*, COM(2015) 240 final.

⁹ M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2021; A. DE PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 2020; P. DE PASQUALE, *Il patto per l'immigrazione e l'asilo: più luci che ombre*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020.

¹⁰ Comunicazione della Commissione, del 23 settembre 2020, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM/2020/609 final, corsivo aggiunto.

¹¹ E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Freedom, Security & Justice*, 2/2021, pp. 43-70; G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Commission's New Pact on Migration and Asylum: A case of politics outplaying rationality?*, in *European Law Journal*, 3-4/2021, p. 193; M. GERBAUDO, *The European Commission's Instrumentalization Strategy: Normalising Border Procedures and De Facto Detention*, in *European Papers*, 2022, pp. 615-626.

lamento 2024/1356¹² (regolamento *screening*), nel regolamento 2024/1348¹³ (regolamento procedure), nel regolamento 2024/1349¹⁴ (regolamento rimpatri alla frontiera) e nel regolamento 2024/1359¹⁵ (regolamento crisi e forza maggiore). Di tali strumenti, in assenza di prassi applicative, si cercherà di valutare il potenziale impatto sulla libertà personale dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale nonché la loro idoneità rispetto alla risoluzione delle criticità fino ad ora emerse nelle politiche migratorie adottate dall'Unione e nel sistema europeo comune di asilo.

2. *La fictio iuris del non-ingresso nelle procedure di frontiera del Nuovo Patto*

Il sistema contenuto negli atti normativi adottati in attuazione del Patto prevede dei nuovi strumenti di gestione della frontiera esterna¹⁶, consistenti in una serie di procedure che si dovrebbero svolgere prima dell'ammissione dello straniero nel territorio, creando una normalizzazione della fase di "pre-ingresso" attraverso un'applicazione su larga scala delle procedure di frontiera.

Nell'ordinamento dell'Unione europea, la possibilità di prevedere procedure alla frontiera esterna o nelle zone di transito risale all'adozione della direttiva procedure del 2005¹⁷, quindi alla prima fase della costruzione del sistema europeo comune di asilo. Successivamente la rifusione della diret-

¹² Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, in GUUE L, 2024/1356 del 22 maggio 2024.

¹³ Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, in GUUE L 2024/1348 del 22 maggio 2024.

¹⁴ Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148, in GUUE L 2024/1349 del 22 maggio 2024.

¹⁵ Regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147, in GUUE L 2024/1359 del 22 maggio 2024.

¹⁶ Vedi *infra*.

¹⁷ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in GUUE L 326 del 13 dicembre 2005, pp. 13-34, art. 35.

tiva procedure del 2013 ha confermato il potere discrezionale in capo agli Stati membri circa la previsione di procedure di frontiera¹⁸.

La finzione giuridica di “pre-ingresso” o di “non-ingresso” consiste nell’operare una distinzione tra l’ingresso “fisico” e l’ingresso “legalmente riconosciuto” nel territorio di uno Stato membro¹⁹ ed è da considerare espressione della volontà politica di limitare l’accesso di coloro che non soddisfano i requisiti di ingresso²⁰.

Lo scopo di tale *fictio iuris* si ritiene sia quello di istituzionalizzare uno spazio giuridico collocato in una zona grigia di applicazione del diritto, a cui la dottrina si è riferita come ad un *liminal legal space*²¹. Su questo *limen* i migranti si trovano in una posizione incerta, non sono ufficialmente entrati nello Stato membro, eppure si trovano sotto il suo controllo giurisdizionale.

Queste pratiche di controllo dell’immigrazione rappresentano una tendenza parallela con le strategie di esternalizzazione delle frontiere in Paesi terzi, ma in questo caso l’esternalizzazione è alla frontiera esterna dell’Unione, comportando, secondo quanto evidenziato in dottrina, un arretramento delle garanzie dello stato di diritto²².

Le criticità derivanti dall’adozione di questa finzione giuridica erano già emerse dopo la presentazione delle proposte legislative collegate al Patto sia in dottrina²³ che nell’ambito delle organizzazioni non governative²⁴.

¹⁸ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, art. 43. Sono ultimamente intervenute modifiche legislative alle procedure di frontiera in Finlandia, Italia e in Repubblica Ceca, inoltre, Parlamento europeo e organizzazioni non governative hanno sollevato dei dubbi in merito alle procedure di frontiera utilizzate in Grecia e in Spagna; vedi European Union Agency for Asylum, *Asylum Report 2024. Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, 2024, Luxembourg, pp. 94-96.

¹⁹ C. MOLINARI, *The Borders of the Law*, cit. p. 240.

²⁰ U. BRANDL, *Mix and Match. Detention, “De-Facto Detention” or just Restrictions of Freedom of Movement in the New Pact*, in *Eumigrationlawblog*, 14 ottobre 2024; C. MOLINARI, *The Borders of the Law: Legal Fictions, Elusive Borders, Migrants’ Rights*, in *Politics and Governance*, 2022, pp. 239-245.

²¹ K. SODERSTROM, *An analysis of the fiction of non-entry as appears in the Screening Regulation, Commentary prepared for the European Council on Refugees and Exiles*, 2022, p. 2.

²² Restano valide dopo l’approvazione degli atti legislativi collegati al Nuovo Patto le considerazioni in tal senso di V. MITSILEGAS, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal*, 2022, pp. 263-280.

²³ ActionAid International, Amnesty International, ASGI, Caritas Europa e altri, *Joint Statement: The Pact on Migration and Asylum: to provide a fresh start and avoid past mistakes, risky elements need to be addressed and positive aspects need to be expanded*, ottobre 2020, reperibile *online*. Lo *statement*, sottoscritto congiuntamente da oltre 70 ONG, evi-

Difatti, in questa fase di pre-ingresso, i migranti saranno trattenuti in zone chiuse o comunque soggette a limitazioni di accesso e di movimento, esplicitando un meccanismo di controllo della migrazione attraverso il controllo dei corpi e dei confini.

Non si può tuttavia ritenere che in tale spazio liminale vi sia una assenza formale di diritti, ma l'ambiguità di tale *fiction juris* andrà verosimilmente a generare un impatto negativo sui diritti fondamentali delle persone migranti²⁵, in modo particolare in relazione al diritto alla libertà personale, ma anche rispetto alla tutela dei diritti procedurali²⁶. È stato anche rilevato come la generalizzazione dell'applicazione delle procedure di frontiera previste dagli strumenti normativi del Nuovo Patto e, conseguentemente, della detenzione dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale, comporterà altresì un maggior onere in capo agli Stati membri al fine di garantire i diritti fondamentali delle persone interessate²⁷.

La fase di pre-ingresso è articolata su un massimo di tre livelli che consistono in uno *screening* alla frontiera che può sfociare in una procedura accelerata di asilo e in una procedura di rimpatrio alla frontiera.

3. La procedura di *screening*: verso un trattenimento generalizzato?

La procedura di *screening* contenuta nel regolamento 2024/1356 può avere una durata massima di sette giorni dal rintraccio alla frontiera esterna, dallo sbarco o dalla presentazione al valico di frontiera²⁸ e di tre giorni nel caso in cui gli accertamenti siano condotti nei confronti di cittadini di

denzia anche come «the reforms remove the principle that detention should only be applied as a measure of last resort in the context of border procedures. By relying on more systematic restrictions of movement in border procedures, the proposal will restrict the individual's access to basic services provided by actors who may not operate at the border, including for legal assistance and representation. The similarities in outcomes to the failed 'hotspot approach' implemented on the Greek islands are notable».

²⁴ K. SODERSTROM, *An analysis of the fiction of non-entry*, cit.

²⁵ In tal senso cfr. European Parliamentary Research Service, in collaborazione con G. CORNELISSE E G. CAMPESI, *The European Commission's New Pact on Migration and Asylum. Horizontal substitute impact assessment*, 2021, PE 694.210, pp. 58-63.

²⁶ V. MORENO-LAX, *Accessing asylum in Europe: Extraterritorial border controls and refugee rights under EU law*, 2017, Oxford, p. 459.

²⁷ C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: commento al decreto del tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2023, p. 23.

²⁸ Regolamento (UE) 2024/1356, cit., art. 8 par. 3. Secondo la medesima disposizione l'arco di tempo per gli accertamenti viene ridotto a quattro giorni qualora la persona interessata abbia trascorso alla frontiera esterna oltre tre giorni.

paesi terzi che soggiornano illegalmente all'interno del territorio dello Stato membro²⁹.

Tale procedura di *screening* consiste nel controllo preliminare dello stato di salute e delle vulnerabilità; nella verifica dell'identità anche attraverso la consultazione delle informazioni contenute nelle banche dati europee; nella registrazione dei dati biometrici nel caso in cui non sia ancora avvenuta; nonché in un controllo di sicurezza volto a verificare che la persona non rappresenti una minaccia per la sicurezza interna, per terminare con un incanalamento verso la procedura applicabile al caso di specie, ovvero la procedura di asilo, ordinaria o di frontiera, o la procedura di rimpatrio.

Nella procedura di *screening* la finzione del non-ingresso è definita dall'articolo 6 del regolamento 2024/1356, a norma del quale le persone che non soddisfano i requisiti di ingresso «non sono autorizzate ad entrare nel territorio di uno Stato membro»³⁰.

Relativamente allo scopo di questo lavoro, si deve evidenziare come non sia definito in modo chiaro se nel corso di questi accertamenti il migrante si trovi in uno stato di privazione della libertà alla frontiera esterna. Difatti, sin dalla relazione che accompagnava la proposta di regolamento, la Commissione si limitava ad affermare che lo *screening* deve essere svolto nel «rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento e [nel] rispetto del principio di non respingimento»³¹ e che comunque le non meglio specificate «situazioni nelle quali gli accertamenti implicano il trattenimento e le relative modalità»³² dovranno essere regolate dal diritto interno.

Nel regolamento *screening* viene poi ripetutamente affermata la competenza degli Stati membri circa l'adozione di misure intese a garantire la presenza delle persone interessate dalla procedura di accertamento per prevenirne la fuga³³. In tal senso le formulazioni adottate appaiono come un eufemismo per intendere misure detentive³⁴. Inoltre, il considerando 11 specifica che se necessario, e a seguito di una valutazione individuale, «gli Stati membri possono trattenere una persona sottoposta agli accertamenti, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coer-

²⁹ *Ivi*, art. 8 par. 4, che rimanda agli accertamenti di cui all'art. 7.

³⁰ Regolamento (UE) 2024/1356, cit., art. 6.

³¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/81, Relazione, Bruxelles, 23.9.2020, COM(2020) 612 final, p. 3.

³² *Ivi*, p. 10.

³³ Regolamento (UE) 2024/1356, cit., art. 6; art. 7 par. 1; considerando 11

³⁴ S. PEERS, *The new EU asylum laws: taking rights half-seriously*, in *Yearbook of European Law*, 2024, p. 10.

citive», lasciando immaginare che la detenzione rappresenti la regola, mentre le misure con un grado di coercizione inferiore rappresentino l'eccezione, salvo riaffermare, nel medesimo, la regola generale di applicazione del trattenimento come misura di ultima istanza adottabile nel rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità³⁵.

La questione della detenzione dei migranti durante la procedura di *screening* è quindi interamente delegata ai singoli Stati delle frontiere esterne interessati dal fenomeno migratorio, con una conseguente mancanza di uniformità nel trattamento e nell'identificazione delle strutture adibite al trattenimento. Inoltre, nell'articolato del regolamento il trattenimento è definito come «il confinamento di una persona da parte di uno Stato membro in un determinato luogo, dove tale persona è privata della *libertà di circolazione*»³⁶. Il riferimento alla privazione della «libertà di circolazione» in luogo della «privazione della libertà personale» è suscettibile di contribuire alla creazione di una zona grigia in cui non appare subito evidente se la persona interessata sia oggetto di una restrizione alla libertà di movimento oppure sia privata della libertà personale. Fermo restando che le due fattispecie presentano una natura analoga e si distinguono in base al grado di intensità³⁷, la privazione della libertà personale dovrebbe essere poi valutata *de facto*, indipendentemente dalla disposizione *de jure*.

Sempre nell'ottica di una delega di competenze in capo agli Stati membri, questi sono tenuti ad istituire un meccanismo nazionale di monitoraggio indipendente – seguendo degli orientamenti generali all'uopo elaborati dall'Agenzia per i diritti fondamentali – che operi per garantire durante lo *screening*, il rispetto del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, compresa la Carta dei diritti fondamentali e che, tra l'altro, monitori «le norme pertinenti in materia di trattenimento, tra cui le pertinenti disposi-

³⁵ Conformemente all'interpretazione resa dalla Corte di giustizia relativamente al trattenimento in attuazione della direttiva accoglienza. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J.N.*, ECLI: ECLI:EU:C:2016:84. Per un commento della sentenza si veda M. MESSINA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità della normativa UE sul trattenimento di un richiedente protezione internazionale per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pp. 252-255.

³⁶ Regolamento (UE) 2024/1356, cit., art. 2, punto 12, corsivo aggiunto.

³⁷ In tal senso si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 novembre 1980, ricorso n. 7367/76, *Guzzardi c. Italia*, par. 93: «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 depends».

zioni del diritto nazionale in materia di trattenimento, durante gli accertamenti»³⁸. Una previsione che appare nella forma maggiormente sfumata rispetto a quella contenuta nella proposta di regolamento presentata nel 2020 dalla Commissione che assegnava ai meccanismi di monitoraggio il compito di garantire «il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata, segnatamente i motivi e la durata del trattenimento»³⁹. Ai meccanismi di monitoraggio nazionali, per adempiere ai propri compiti, è comunque garantito il diritto di accedere liberamente alle strutture sia di accoglienza che di trattenimento, nonché alle persone e ai documenti.

Nei documenti preliminari all'adozione del regolamento *screening*, questo orientamento verso la privazione della libertà trova conferma nell'analisi dello *Staff Working Document* in cui la Commissione indica che, durante lo *screening*, i migranti saranno trattenuti (*held*) dalle autorità nazionali competenti⁴⁰.

Ad una lettura iniziale, ed in assenza di prassi applicativa, il regolamento approvato appare frammentario e si ritiene che potrebbe verosimilmente condurre, in fase di *screening*, ad un trattenimento alla frontiera generalizzato, a cui sarebbero sottoposti anche i minori⁴¹ e le altre categorie vulnerabili, il che susciterebbe non pochi dubbi di legittimità qualora si dovesse concretare un utilizzo non residuale della detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo.

³⁸ Art. 10, par. 2, lett. a).

³⁹ *Ivi*, art. 7 par. 2, cfr. anche considerando 23.

⁴⁰ Commissione europea, Commission Staff Working Document, Accompanying the document Proposal for a Regulation of The European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC)2003/109 and the proposed Regulation (EU)XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM(2020) 610 final, 23.9.2020, SWD(2020) 207 final, par. 5.1.2 - *A coordinated, effective and rapid screening phase*. Come evidenziato nel testo il documento, disponibile solo in lingua inglese, utilizza il termine *held* che in italiano tradurremmo con tenere o trattenere. Permane tuttavia un'ambiguità perché nei testi dell'Unione in lingua in inglese si parla generalmente di *detention*.

⁴¹ L'art. 13 del regolamento (UE) 2024/1356, rubricato "Garanzie a favore dei minori", pur riferendosi all'interesse superiore del minore che, conformemente all'articolo 24 paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non esclude espressamente la possibilità del trattenimento, specificando invece che il minore deve essere accompagnato da un "familiare adulto" se presente (senza fornire una definizione di familiare adulto), mentre per tutelare i minori stranieri non accompagnati gli Stati membri devono garantire la presenza di una persona che li rappresenti, eventualmente anche a titolo provvisorio.

4. *Profili critici sulla libertà personale dei richiedenti nel corso della procedura di asilo alla frontiera*

In base all'esito degli accertamenti effettuati in fase di *screening* verrà compilato un modulo di *debriefing* che incanalerà lo straniero verso una delle procedure previste.

I richiedenti indirizzati verso le procedure di asilo possono accedere alla procedura *standard* o alla procedura di frontiera, entrambe disciplinate dal regolamento 2024/1348 che abroga la direttiva 2013/32/UE.

La procedura di asilo alla frontiera consiste in una procedura accelerata che permette, e in taluni casi obbliga, gli Stati ad esaminare le domande di asilo – considerate a monte con scarse possibilità di essere accettate – in tempi ridotti, comunque non superiori alle 12 settimane⁴².

Una prima criticità si riscontra nell'applicazione obbligatoria di tale procedura ad una parte potenzialmente molto ampia di richiedenti protezione internazionale che non hanno i requisiti di ingresso nel territorio dello Stato membro⁴³, in luogo della discrezionalità in capo agli Stati concessa dalla direttiva 2013/32/UE circa la previsione di procedure alla frontiera o nelle zone di transito⁴⁴. Un ulteriore elemento critico è rappresentato dall'allungamento dei tempi. Invero, dodici settimane sono un tempo piuttosto breve per l'analisi di una domanda di protezione internazionale, tuttavia le medesime procedure accelerate al momento vigenti, devono giungere ad una decisione sulla domanda entro il termine di quattro settimane⁴⁵, superate le quali la domanda viene esaminata secondo la procedura di asilo *standard*, il richiedente non può ulteriormente essere trattenuto e gli è consentito l'ingresso nel territorio dello Stato membro⁴⁶. Questo significa che potenzialmente il trattenimento di un richiedente protezione internazionale durante l'analisi della sua domanda alla frontiera possa essere triplicato.

Inoltre, l'espletamento di tale procedura avviene senza autorizzare nelle more l'ingresso del richiedente nel territorio dello Stato membro⁴⁷, con-

⁴² Commissione europea, Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, 23.9.2020, COM(2020) 611 final, 2016/0224(COD), art. 41 *bis*, par. 20, vedi anche il considerando 40 *sexies*.

⁴³ M. BORRACCETTI, *Alcune possibili criticità nell'attuazione del nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo*, in questo volume, par. 4.

⁴⁴ Direttiva 2013/32/UE, cit., art. 43 par. 1.

⁴⁵ *Ivi*, art. 43 par. 4.

⁴⁶ Corte di giustizia, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, cit., parr. 238-248.

⁴⁷ Regolamento (UE) 2024/1348, cit., art. 54 parr. 4-5.

fermando, anche in questo strumento normativo, la finzione di non-ingresso presente nel regolamento *screening*.

Nella relazione che accompagna la proposta modificata di regolamento la Commissione sottolinea come il diritto alla libertà e alla libera circolazione sia tutelato dal fatto che, in ottemperanza alla direttiva accoglienza e alla direttiva rimpatri, il ricorso al trattenimento nella procedura di frontiera sia residuale «possibile soltanto in presenza degli specifici motivi stabiliti chiaramente in tali direttive, quando risulta necessario e proporzionato sulla scorta di una valutazione specifica di ciascun caso, fermo restando il controllo giurisdizionale, e come *extrema ratio* qualora non sia possibile un'applicazione efficace di misure alternative meno coercitive di altro tipo»⁴⁸. Tale indicazione appare tuttavia debole, non contenendo elementi che consentano di delineare lo svolgimento di tale procedura senza autorizzare l'ingresso del richiedente nel territorio e senza ricorrere al trattenimento. La Commissione non è infatti chiara circa le implicazioni che il rifiuto di ingresso nel territorio dello Stato di frontiera esterna comporterebbe rispetto alla libertà personale e/o alla libertà di circolazione dei richiedenti.

A supporto di tale tesi, lo stesso regolamento procedure tra i suoi *consideranda* ribalta l'ordine del discorso affermando che «sebbene la procedura di esame alla frontiera della domanda di protezione internazionale possa essere applicata senza ricorrere al trattenimento, in questa fase gli Stati membri dovrebbero tuttavia poter applicare i motivi di trattenimento durante la procedura di frontiera in conformità delle disposizioni della direttiva (UE) 2024/1346 al fine di decidere in merito al diritto del richiedente di entrare nel territorio»⁴⁹.

Al trattenimento eventualmente disposto si applicano le disposizioni previste dalla direttiva accoglienza⁵⁰, incluse le garanzie di cui godono i richiedenti trattenuti in termini di necessità di valutazione individuale, controllo giurisdizionale e condizioni di trattenimento garantendo, almeno sulla carta, l'uniformità di trattamento nei diversi Stati membri.

La residualità del trattenimento, obbligatoria per il diritto internazionale anche ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Ginevra, e ribadita costantemente dalla Commissione, sembra sgretolarsi leggendo il regola-

⁴⁸ Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM/2020/611 final, 23 settembre 2020, relazione, p. 12.

⁴⁹ Regolamento (UE) 2024/1348, cit., considerando 69.

⁵⁰ Direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, in GUUE L 2024/1346 del 22 maggio 2024.

mento procedure in combinato disposto con l'articolo 10 par. 4 lett. d) della direttiva accoglienza che prevede espressamente la possibilità di ricorrere al trattenimento nel contesto di una procedura di frontiera⁵¹.

Appare quindi che gli Stati, per espletare tale procedura, possano fare ricorso al trattenimento dei richiedenti asilo in frontiera per ragioni di «semplice convenienza amministrativa»⁵² assoggettando il richiedente ad una misura detentiva in maniera completamente indipendente dalla sua condotta, ma con riguardo prevalente al suo Stato di cittadinanza o di provenienza.

Un'altra differenza rispetto alla procedura di *screening*, che è necessario evidenziare, consiste nell'esclusione dell'applicazione della procedura di asilo di frontiera ai minori, se non in casi eccezionali. Questi «casi eccezionali», tuttavia, oltre ad includere fattispecie effettivamente eccezionali, tra cui la presentazione di domande reiterate non ammissibili e i casi in cui un minore straniero non accompagnato (MSNA) sia individualmente considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro, considera ammissibili alla procedura di frontiera, ad esempio, tutti i MSNA provenienti da un paese terzo considerato paese di origine sicuro o qualora abbiano la cittadinanza o, se apolidi, dimorino abitualmente in un paese terzo rispetto al quale si registra un tasso di riconoscimento della protezione internazionale pari o inferiore al 20%⁵³.

Le disposizioni contenute nel regolamento sembrano pertanto non salvaguardare i minori e i MSNA dal rischio di un trattenimento generalizzato presso le strutture individuate dagli Stati membri per l'espletamento della procedura di asilo alla frontiera, strutture di accoglienza che nella prassi sono state caratterizzate da condizioni materiali inadeguate⁵⁴.

⁵¹ *Ivi*, art. 10, par. 4: «Un richiedente può essere trattenuto soltanto sulla base di uno o più dei motivi seguenti: (...) d) per decidere, nel contesto di una procedura di frontiera in conformità dell'articolo 43 del regolamento (UE) 2024/1348, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio».

⁵² G. CAMPESI, *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 333.

⁵³ Regolamento (UE) 2024/1348, cit., art. 42 par. 3.

⁵⁴ Ulteriori criticità che emergono rispetto alla tutela dei minori sono relative alla durata ridotta della procedura che è suscettibile di provocare una valutazione non adeguata delle condizioni specifiche del minore, inclusi i casi di vulnerabilità, nonché sull'accuratezza dell'accertamento dell'età del richiedente che potrebbe produrre inibire l'applicazione adeguata delle garanzie procedurali nel rispetto dei diritti dei minori. Per un'approfondita analisi si veda: F. DI GIANNI, *Il trattamento dei minori stranieri negli atti del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Quaderni AISDUE*, fascicolo speciale 4/2024, in particolare pp. 18-27.

5. Il “soggiorno” del migrante durante la procedura di rimpatrio alla frontiera

A causa dell'impossibilità di trovare una sintesi negoziale tra il Parlamento europeo e il Consiglio, la riforma complessiva in materia di asilo e immigrazione in attuazione del Nuovo Patto non contiene, come inizialmente previsto, una revisione della direttiva rimpatri⁵⁵. L'*impasse* è stata parzialmente superata innestando alcuni aspetti della proposta in altri strumenti normativi che attuano la riforma, in particolare al fine di introdurre eccezioni e deroghe alla procedura comune di rimpatrio. La frammentazione del quadro giuridico che emerge si ritiene metta in discussione la centralità della direttiva 2008/115/CE quale atto giuridico di riferimento in materia di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi che soggiornano o entrano irregolarmente nel territorio dell'Unione⁵⁶.

Una delle principali novità in materia di rimpatri è certamente l'introduzione di una procedura di rimpatrio alla frontiera prevista dal regolamento 2024/1349 che si applica qualora la procedura di asilo alla frontiera si traduca in un rifiuto della richiesta di protezione internazionale⁵⁷.

Ancora una volta, negli atti legislativi connessi al Patto, si riscontra un'assenza di chiarezza e di conseguente prevedibilità, non trovando una specificazione in che misura la procedura prevista comporti una restrizione alla libertà di circolazione o una privazione della libertà personale.

Difatti, secondo la formulazione dell'articolo 4, paragrafo 2, la persona la cui domanda di asilo alla frontiera è respinta «soggiorn[a] per un periodo

⁵⁵ 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, in GUUE L 348 del 24 dicembre 2008, pp. 98-107. La proposta di rifusione era già presentata dalla Commissione nel 2018, Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), Bruxelles, 12.9.2018, COM(2018) 634 final. Per approfondire quanto proposto in materia di rimpatri si vedano: 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*, dicembre 2020; R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, pp. 63-77; E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 1/2020, pp. 117-139; I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and its Compatibility with International Human Rights*, Leiden-Boston, 2019.

⁵⁶ In tal senso si veda anche M. MORARU, C. LÓPEZ ESQUITINO, *The Impact of the 2024 CEAS Reform on the EU's Return System: Amending the Return Directive Through the Backdoor*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 25 settembre 2024.

⁵⁷ Regolamento (UE) 2024/1349, cit., art. 1 par. 1, a norma del quale la procedura di rimpatrio alla frontiera si applica temporaneamente anche nei casi e secondo le modalità stabilite dal regolamento 2024/1359 “crisi e forza maggiore”.

non superiore a 12 settimane in un luogo sito alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito»⁵⁸.

L'utilizzo del verbo "soggiornare", anziché "trattenere" lascia intendere l'ipotesi di applicazione di misure meno coercitive, diverse dalla privazione della libertà, che tuttavia non sono specificate nel testo. Al contrario il successivo articolo 5, rubricato "trattenimento", regola la possibilità di sottoporre a misure detentive i richiedenti dinegati, sia nel caso in cui questi si trovassero già in stato di privazione della libertà durante la procedura di asilo di frontiera⁵⁹, sia di coloro che non erano in stato di trattenimento nel corso dell'esame della richiesta di protezione internazionale. In questa seconda ipotesi condizionando il trattenimento all'esistenza di un pericolo di fuga, un eventuale pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale o nel caso in cui la persona eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o la procedura di allontanamento⁶⁰.

La previsione di un nesso tra il comportamento ostativo dell'individuo e il trattenimento durante le procedure di rimpatrio era già stata criticata in dottrina rispetto a quanto analogamente disposto dall'articolo 15 della direttiva rimpatri, venendo interpretata come l'esistenza di una pseudo-sanzione che intende reprimere e scoraggiare lo straniero dall'adottare un atteggiamento non collaborativo⁶¹, facendo quindi emergere una (mal)celata finalità deterrente⁶². Tali considerazioni restano certamente valide anche rispetto alle procedure di rimpatrio alla frontiera.

Un'altra criticità del regolamento di rimpatrio alla frontiera è rappresentata dalla doppia limitazione prevista in relazione al periodo di partenza volontaria⁶³ che è concesso solo su richiesta e non può superare i 15 giorni⁶⁴. Entrambe queste condizioni sono suscettibili di inficiare l'efficacia di questo istituto, perché da un lato, in assenza di un obbligo di informazione, i rimpatriandi potrebbero non essere in grado di presentare la richiesta di partenza volontaria e, qualora lo facessero, il termine massimo di 15 giorni

⁵⁸ *Ivi*, art. 4 par. 2, corsivo aggiunto.

⁵⁹ *Ivi*, art. 5 par. 2.

⁶⁰ *Ivi*, art. 5 par. 3.

⁶¹ D. WILSHER, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge, 2012, p.153

⁶² R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 73.

⁶³ Si consideri che secondo la giurisprudenza della Corte relativa alla direttiva 2008/115, lo Stato membro deve garantire il rispetto del principio di proporzionalità durante tutte le fasi della procedura di rimpatrio inclusa la decisione circa la concessione di un periodo per la partenza volontaria (Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 2015, causa C-554/13, *Zh. e O.*, ECLI:EU:C:2015:377, punto 49; Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268, punto 41), che deve essere adottata con riguardo al caso individuale (Corte di giustizia, *Zh. e O.*, cit., punti 50 e 69).

⁶⁴ Regolamento (UE) 2024/1349, cit., art. 4 par. 5.

potrebbe risultare troppo ridotto⁶⁵, facendo così perdurare il trattenimento.

Inoltre, una sostanziale indeterminatezza si riscontra con riguardo ai luoghi dove lo straniero in attesa di rimpatrio “soggiorna”. Non trovandosi nella proposta ulteriori specificazioni circa le strutture idonee, non meglio identificate se non come un «luogo sito alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito» o addirittura, qualora lo Stato membro non sia in grado di “accogliere” il rimpatriando in uno di tali non meglio specificati luoghi, questo «può ricorrere ad altri luoghi sul proprio territorio»⁶⁶.

Si deve, infine, sottolineare come tutta la procedura avvenga continuando a mantenere la finzione di non-ingresso, tuttavia, se il rimpatrio non è eseguito entro il termine massimo di 12 settimane, tale *fictio* cessa e gli Stati membri devono ammettere il rimpatriando nel proprio territorio e continuare le procedure di rimpatrio a norma della direttiva 2008/115. Il tempo trascorso in regime di trattenimento durante la procedura di rimpatrio alla frontiera è comunque conteggiato nel periodo massimo di detenzione previsto dalla direttiva rimpatri.

6. *La (forse troppa) flessibilità del trattenimento alla frontiera in tempi di emergenza*

Nella riarticolazione della disciplina dell’asilo e delle migrazioni l’Unione ha anche regolamentato *ex ante* le eventuali situazioni emergenziali legate al fenomeno migratorio che dovessero venire a crearsi negli Stati di primo ingresso. Ci si riferisce al regolamento 2024/1359 che ha come scopo quello di affrontare situazioni di crisi, di strumentalizzazione e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo, che possano verificarsi in uno o più Stati membri dell’Unione europea, attraverso l’adozione di misure temporanee che soddisfino i requisiti di proporzionalità e di necessità⁶⁷.

⁶⁵ M. MORARU, C. LÓPEZ ESQUITINO, *The Impact of the 2024 CEAS Reform*, cit., p. 3.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2024/1349, cit., art. 4 par. 2.

⁶⁷ Per un’analisi approfondita e una valutazione del processo decisionale si veda E. PI-STOIA, *Progressi e rischi nel nuovo regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore*, in *Quaderni AISDUE*, fascicolo speciale 4/2024; per una panoramica sulle diverse tipologie di deroghe v. M. INELI-CIGER, *Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 10 giugno 2024; per approfondire l’ambito di applicazione dell’atto si permetta di rinviare a G. COLAVECCHIO, *Come affrontare le crisi migratorie future? Valutazioni preliminari sul regolamento crisi e forza maggiore tra flessibilità e certezza del diritto*, in corso di pubblicazione.

Tale regolamento è fortemente interconnesso – attraverso un complesso sistema di rinvii – alle altre disposizioni approvate in attuazione del Nuovo Patto, incluso il regolamento procedure. Rispetto a tale regolamento, la procedura di asilo alla frontiera dovrebbe già, almeno in teoria, rappresentare una deroga alla *procedura standard*. Pertanto, il regolamento crisi e forza maggiore contiene le deroghe delle deroghe, andando ad aggravare ulteriormente il rischio di detenzione generalizzata alla frontiera durante la sua eventuale applicazione.

È opportuno sottolineare che le deroghe previste dal regolamento 2024/1359 non hanno automatismi, ma conservano un carattere fortemente discrezionale, difatti, è lo Stato membro interessato dalla situazione emergenziale che potrà elaborare il proprio piano derogatorio – attingendo agli strumenti previsti e nei limiti stabiliti – e sottoporlo all'autorizzazione della Commissione e del Consiglio⁶⁸.

Tra gli strumenti derogatori che interessano la procedura di asilo alla frontiera e pertanto, secondo il ragionamento fin qui seguito, il verosimile trattenimento *de jure* o *de facto* dei richiedenti, troviamo la possibilità di un prolungamento della durata massima della procedura di frontiera di esame della domanda di protezione di 6 settimane che si aggiungono alle 12 settimane dalla registrazione previste dal nuovo regolamento procedure⁶⁹. Tale misura è applicabile sia in caso di forza maggiore sia in risposta ad una crisi provocata da arrivi di massa o derivante da una strumentalizzazione delle migrazioni.

Tuttavia, l'approccio derogatorio alla procedura di asilo alla frontiera è molto flessibile e può variare in base alla tipologia di emergenza che lo Stato membro si trova ad affrontare e in virtù della volontà dello Stato stesso che può ridurne o ampliarne la portata.

Invero, il regolamento prevede che lo Stato membro, che si trovi in una situazione di crisi o di forza maggiore, possa chiedere di essere esentato dall'obbligo di applicazione della procedura di analisi accelerata della richiesta di protezione internazionale ai richiedenti provenienti da Paesi terzi

⁶⁸ La procedura di attivazione del regolamento crisi e forza maggiore è articolata in tre fasi e con tempistiche chiaramente scandite: la richiesta motivata da parte dello Stato membro interessato; la decisione di esecuzione della Commissione che stabilisce l'esistenza di una situazione di crisi o di forza maggiore; la decisione di esecuzione del Consiglio, su proposta della Commissione, che autorizza deroghe e stabilisce misure di solidarietà. V. Regolamento (UE) 2024/1359, cit., artt. 2-4.

⁶⁹ Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 11 par. 1, in deroga al regolamento (UE) 2024/1348, cit., art. 51, par. 2.

rispetto ai quali si registra un basso tasso di riconoscimento, riducendo quindi le procedure alla frontiera⁷⁰.

Diversamente, limitatamente alle situazioni di crisi, lo Stato membro, può richiedere la riduzione della soglia della regola del basso tasso di riconoscimento⁷¹, una misura di effetto opposto che comporterebbe l'aumento delle procedure di riconoscimento alla frontiera. Aumento della procedura di frontiera, che può raggiungere la sua espansione massima durante una crisi collegata ad una strumentalizzazione dei migranti, in risposta alla quale questa può essere applicata per esaminare la quasi totalità delle domande presentate⁷², con una conseguente applicazione generalizzata della finzione del non-ingresso. In questa circostanza il trattenimento si estenderebbe sostanzialmente alla totalità dei richiedenti.

7. Osservazioni conclusive

Come è emerso analizzando gli strumenti della riforma che regolamentano le *border procedures*, i confini tra le misure detentive e le restrizioni alla libertà di circolazione spesso non sono delineati in modo preciso, non ponendo così argini normativi alle prassi di trattenimento in luoghi non deputati alla privazione della libertà. Si aumenta in tal modo la “*detainability*”, ovvero quella costruzione legislativa che produce ragioni per ampliare o limitare la detenzione⁷³, nel nostro caso dei richiedenti asilo e dei migranti.

Questa assenza di chiarezza e prevedibilità circa le misure da adottare ed i luoghi deputati a trattenere può pregiudicare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, lasciando agli Stati la possibilità di regolarsi in modo anche molto difforme in situazioni assimilabili⁷⁴.

In modo particolare, come accennato in precedenza, la fase di *screening* appare fortemente problematica, in virtù della potenziale applicazione del trattenimento a tutti coloro che si presentino alla frontiera esterna europea senza un valido titolo di ingresso, inclusi i minori e le altre categorie vulne-

⁷⁰ Regolamento 2024/1359, art. 11 par. 2.

⁷¹ *Ivi*, art. 11 par. 3.

⁷² *Ivi*, art. 11 par. 6.

⁷³ Sul concetto di *detainability* cfr. C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, Special Issue: *The Challenge of Asylum Detention to Refugee Protection*, 2016, pp. 47-73; N. DE GENOVA, *The Production of Culprits: From Deportability to Detainability in the Aftermath of EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, “*Homeland Security*”, in *Citizenship Studies*, 2007, 421-448.

⁷⁴ Sul tema si rimanda a G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border procedures in the Commission's New Pact on Migration and Asylum*, cit., pp. 191-192.

rabili. Ciò potrebbe essere ulteriormente aggravato nel caso in cui lo Stato membro di primo ingresso non avesse una legislazione interna che garantisca una tutela effettiva dei diritti sostanziali e procedurali.

Inoltre, la procedura di asilo alla frontiera avrebbe un impatto generalizzato sulla libertà dei richiedenti protezione internazionale incanalati in questo procedimento accelerato che sembra difficilmente conciliabile con le garanzie riconosciute dal diritto internazionale ed europeo. Difatti, l'uso esteso della procedura di frontiera rappresenta probabilmente la maggiore criticità del regolamento procedure, che, unitamente alle norme che disciplinano il rimpatrio alla frontiera e alle misure derogatorie previste dal regolamento crisi e forza maggiore, contribuisce a costituire un meccanismo complessivo che si configura come un potente strumento di respingimento nelle mani degli Stati membri⁷⁵.

Non bisogna tuttavia dimenticare che le misure adottate dagli Stati membri nell'applicazione di tali procedure, indipendentemente dalla definizione data *de jure*, dovranno essere valutate in concreto per stabilire se incidano sulla libertà personale o sulla libertà di circolazione⁷⁶.

Le procedure di frontiera introdotte in attuazione del Nuovo Patto, quindi, non solo non affrontano e non risolvono i problemi e le situazioni antiggiuridiche che si sono sviluppate negli anni alla frontiera esterna UE, nelle zone di transito, sulle navi coinvolte in operazioni di ricerca e soccorso, negli *hotspot*, ma, nella loro indeterminatezza, rischiano di aggravare ulteriormente le condizioni dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale, il cui *status* si andrebbe ulteriormente a deteriorare.

L'obiettivo di impedire la circolazione nel territorio dello Stato membro prevenendo la possibilità di movimenti secondari all'interno dell'Unione non appare bilanciato rispetto alle limitazioni della libertà personale dello straniero. Si opera, infatti, un ribaltamento della residualità dell'uso del trattenimento del migrante e del richiedente asilo in quanto tale, rendendolo di fatto la regola.

Ci si interroga, infine, su quali siano le «soluzioni europee comuni a quella che è una sfida europea» proposte dalla Commissione e come si possa configurare l'annunciato abbandono delle «soluzioni *ad hoc* e porre in essere un sistema di gestione della migrazione prevedibile e affidabile⁷⁷. Difatti, almeno relativamente alle procedure che incidono sulla libertà per-

⁷⁵ V. CHETAIL, M. FEROLLA VALLANDRO DO VALLE, *The Asylum Procedure Regulation and the Erosion of Refugee's Rights*, in *Eumigrationlawblog.eu*, 23 maggio 2024.

⁷⁶ Si veda ad esempio Corte di giustizia, *FMS, FNZ, SA e SA junior*, cit.

⁷⁷ Commissione europea, *Un nuovo inizio in materia di migrazione: costruire la fiducia e trovare un nuovo equilibrio tra responsabilità e solidarietà*, comunicato stampa, 23 settembre 2020, reperibile *online*.

sonale dei migranti e dei richiedenti asilo, non sembrerebbe vi sia alcuna prevedibilità e affidabilità del sistema di trattenimento. Tale mancanza di prevedibilità raggiunge il culmine nel regolamento crisi e forza maggiore. Invero, la flessibilità delle misure adottabili in risposta alle situazioni emergenziali, se da un lato si ritiene che garantisca la possibilità di gestire in maniera differenziata situazioni diverse, paradossalmente, potrebbe portare anche ad una gestione diversa, se non opposta, di situazione analoghe, con ripercussioni sulla certezza del diritto.

Le violazioni sistematiche del diritto alla libertà personale alle frontiere europee sono innegabili, così come la povertà delle condizioni detentive in cui versano migranti e richiedenti asilo. Sarebbe pertanto necessario delimitare in maniera chiara i confini tra trattenimento e limitazioni della libertà di circolazione, nonché relegare la detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo ad un ruolo realmente residuale. Seppur ancora in assenza di una prassi applicativa che possa consentire una valutazione della portata e dell'impatto delle *border procedures*, non sembra che il complesso delle norme contenuto negli strumenti legislativi del Nuovo Patto proceda in questa direzione.

Se, come affermato dal Vicepresidente della Commissione per la Promozione dello stile di vita europeo Margaritis Schinas, «Moria ci rammenta con durezza che non è più tempo di vivere in una casa costruita a metà [e che] è giunto il momento di mobilitarsi a favore di una politica comune europea in materia di migrazione»⁷⁸, sarebbe necessario ripartire dai nostri valori fondanti, dallo Stato di diritto e dalla protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

ABSTRACT

Critical Profiles of Migrant Detention in the New Border Procedures

This paper examines the critical aspects of migrant detention in the context of the New Pact on Migration and Asylum, analysing the legal framework and potential impact on the fundamental rights of migrants and asylum seekers. The study focuses on the new border procedures introduced by the Pact, including the screening procedure, border asylum procedure, and border return procedure, highlighting the increased risk of generalized detention at the border. The paper also explores the legal fiction of “non-entry” and its implications for the rights of migrants, as well as the potential use of detention during crisis situations. The

⁷⁸ *Ibidem.*

analysis emphasizes the need for a balance between effective border management and the protection of migrants' rights, advocating for a more transparent and predictable system that safeguards the fundamental rights of all individuals, regardless of their migration status

L'ATTUAZIONE DELLA PROTEZIONE TEMPORANEA
NELL'UNIONE EUROPEA:
QUESTIONI GIURIDICHE APERTE E PROSPETTIVE

*Alessia Di Pascale**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini del rifugio temporaneo nel sistema internazionale di asilo. – 3. L'introduzione della protezione temporanea nel Sistema Comune Europeo di Asilo. – 4. L'attuazione della protezione temporanea a favore degli sfollati dall'Ucraina. – 5. Questioni aperte e prospettive.

1. *Premessa*

Riportando un conflitto di ampie proporzioni sul suolo europeo dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, l'aggressione militare della Russia all'Ucraina è all'origine di uno dei maggiori sfollamenti attualmente in corso nel mondo (almeno nella fase iniziale soprattutto donne, minori e anziani, poiché in base a un decreto di mobilitazione generale, promulgato in seguito all'introduzione della legge marziale nel Paese, agli uomini tra i 18 e i 60 anni non è stato consentito partire¹). Soprattutto nella fase immediatamente successiva al 24 febbraio 2022, un terzo degli Ucraini ha abbandonato le proprie case in cerca di rifugio (oltre 14 milioni di persone su una popolazione di circa 44 milioni²). Alcuni si sono spostati all'interno del

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ Cfr. Decreto del Presidente dell'Ucraina del 24.02.2022 n. 64/2022 «Sull'imposizione della legge marziale in Ucraina», disponibile su: <https://rm.coe.int/1680a5b041> e Decreto del Presidente dell'Ucraina del 24.02.2022 n. 69/2022 «Sulla mobilitazione generale», disponibile su: <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=138639>. Entrambi i decreti avevano una durata iniziale di 90 giorni, ma sono stati via via riconfermati. Eccezioni sono state previste per il caso di inabilità o per la particolare situazione familiare. La quota di uomini adulti nei flussi mensili è progressivamente aumentata. Al 31 dicembre 2023 gli uomini tra i 18 e i 64 anni rappresentavano poco meno del 20% dei titolari di protezione temporanea. Cfr. Dati Eurostat: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Temporary_protection_for_persons_fleeing_Ukraine_-_monthly_statistics&oldid=627441#Who_are_the_people_fleeing_Ukraine_and_receiving_temporary_protection.3F. Per quanto attiene alla situazione degli uomini si veda l'analisi di T. B. MICKELSSON, *Safety, Shame, and Ambiguity — the Case of Ukrainian Male Refugees*, in *International Migration Review*, 2023, p. 1 ss.

² IOM, *Ukraine & Neighbouring Countries 2022-2024 - 2 Years Of Response*, 2024.

Paese o vi hanno fatto ritorno³, ma oltre quattro milioni hanno trovato protezione nell'UE⁴ (dei quali oltre 185.000 in Italia⁵) e complessivamente sei milioni sono fuggiti in Europa. Se nella fase iniziale circa la metà degli sfollati si erano concentrati nell'area (soprattutto in Polonia e Moldavia, ma anche in Ungheria, Romania e Slovacchia) e tra gli altri Paesi UE solo la Germania aveva registrato arrivi comparabili (quasi un milione di persone), nel corso del 2023 si è assistito ad un significativo aumento solo in quest'ultimo Paese, che ospita adesso un terzo di tutti gli sfollati nell'Unione europea (confermandone l'attrattiva, nonostante la recessione economica registrata dal 2023). Flussi tanto rapidi e ingenti⁶ hanno imme-

³ Alla fine del 2023 risultavano circa tre milioni settecentomila persone sfollate internamente all'Ucraina. Per i dati sugli sfollati interni si veda IOM, Internal Displacement report, Dicembre 2023. Per quanto attiene ai movimenti "pendolari", se il picco degli spostamenti si è verificato durante i primi quattro mesi dell'invasione, i movimenti di popolazione da e verso l'Ucraina sono continuati da allora e sono diventati più complessi. Da un lato, la guerra e le ostilità in corso in tutto il Paese continuano a costringere le persone a fuggire in cerca di sicurezza. Dall'altro lato, si assiste a movimenti pendolari e visite di breve durata tra l'Ucraina e i Paesi ospitanti, mentre molti sfollati sono tornati volontariamente in Ucraina su base più permanente. Cfr. UNHCR, Ukraine Refugee Situation, febbraio 2024, disponibile su: file:///C:/Users/alessia.dipascale/Downloads/UNHCR_Ukraine_Population_Movement_Factsheet1.pdf.

⁴ Al 31 dicembre 2023, circa 4,31 milioni di cittadini non UE (4 312 215), fuggiti dall'Ucraina a seguito dell'invasione russa nel 2022, erano titolari di protezione temporanea nell'UE. Rispetto alla fine del 2022, il numero di cittadini non UE beneficiari della protezione temporanea nell'UE è aumentato di quasi mezzo milione (+486 715; +12,7%). Gli aumenti maggiori in valore assoluto sono stati registrati in Germania (+283 530; +29,3%), Romania (+44 895; +44,5%) e Paesi Bassi (+35 980; +32,8%).

⁵ Cfr. il «Dashboard richieste di protezione temporanea», disponibile sul sito della protezione civile: www.protezionecivile.gov.it. Dato aggiornato al 20.01.2023. Di questi, la quasi totalità (ovvero circa 170.000, prevalentemente donne e minori) ha presentato domanda di protezione temporanea (circa 90.000 sono donne e 60.000 i minori).

⁶ A inizio marzo, UNHCR aveva stimato 4 milioni di sfollati, mentre il Commissario europeo per la cooperazione internazionale, gli aiuti umanitari e la risposta alle crisi (<https://www.reuters.com/world/europe/eu-says-expects-more-than-7-million-displaced-ukrainians-2022-02-27/>) aveva prospettato che le persone in fuga potessero diventare addirittura sette milioni. Occorre considerare che dal 24 febbraio 2022 al febbraio 2023 sono stati registrati più di 16 milioni di ingressi dall'Ucraina e dalla Moldavia nell'UE, di cui 14 milioni di cittadini ucraini e 11 milioni di rientri. A fronte dei circa 5 milioni di richieste di protezione temporanea, e quindi di persone che hanno deciso di fermarsi per un tempo più lungo in altri Paesi europei, sono quindi stati estremamente rilevanti movimenti di persone che sono comunque giunte anche se per un periodo più breve (presumibilmente inferiore ai tre mesi, termine entro il quale occorre presentare la richiesta di protezione temporanea). Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Protezione temporanea per le persone in fuga dalla guerra di aggressione della Russia contro l'Ucraina: un anno dopo*, COM(2023) 140 final, 8.3.2023.

diatamente sollevato preoccupazioni per i sistemi di asilo, per i tempi di esame di milioni di domande di protezione e per l'accoglienza⁷.

Contrariamente alla reazione dell'UE a situazioni simili in passato, come la fuga dall'Iraq⁸, dalla Siria⁹, dall'Afghanistan¹⁰ e nei mesi precedenti il

⁷ Come rilevano M. SAVINO, F.L. GATTA, *La guerra in Ucraina: verso una nuova crisi dei rifugiati?* in *ADiMBlog.com*, Editoriale, febbraio 2022, «la crisi dei rifugiati del 2015 fu, per l'Unione, anche e soprattutto una crisi amministrativa. L'afflusso di centinaia di migliaia di richiedenti asilo congestionò, in Italia e ancor più in Grecia, la macchina preposta all'esame delle richieste di asilo, nonché il lavoro delle Corti chiamate a giudicare i ricorsi contro i dinieghi». In merito alla c.d. crisi dei migranti, si veda B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin system". The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No. 1, p. 101 ss.

⁸ Come evidenziato da M. SPERL, *Fortress Europe and the Iraqi 'intruders': Iraqi asylum-seekers and the EU, 2003-2007*, in UNHCR, *New Issues in Refugee Research*, Research Paper No. 144, 2007, disponibile su: <https://www.unhcr.org/research/working/470c9be92/fortress-europe-iraqi-intruders-iraqi-asylum-seekers-eu-2003-2007-markus.html>, il costante deterioramento della situazione della sicurezza dopo l'invasione del 2003 ha reso l'Iraq un luogo estremamente pericoloso per milioni di cittadini, provocando in particolare nel periodo 2003-2007 circa 2 milioni di sfollati interni e altri 2 milioni di rifugiati nei Paesi limitrofi, a fronte di circa 60.000 arrivi nell'Unione europea, anche a causa delle politiche restrittive attuate da molti Stati membri. Si veda anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 luglio 2007 sull'Iraq, P6_TA(2007)0357.

⁹ Fino all'invasione dell'Ucraina, la crisi siriana rappresentava la maggiore crisi di rifugiati al mondo. Più di 6,6 milioni di siriani sono stati costretti a fuggire dalle loro case dal 2011 e altri 6,7 milioni di persone sono state sfollate all'interno del Paese. I rifugiati siriani hanno chiesto asilo in oltre 130 Paesi, ma la stragrande maggioranza – circa 5,5 milioni di rifugiati – vive nei Paesi vicini della regione, come Turchia, Libano, Giordania, Iraq ed Egitto. La Turchia da sola ospita la popolazione più numerosa, 3,6 milioni di persone. I Paesi europei ospitano oltre 1 milione di richiedenti asilo e rifugiati siriani, il 70% dei quali è ospitato in due soli Paesi: Germania (59%) e Svezia (11%). Nell'Unione europea, ai siriani è stato concesso uno *status* di protezione internazionale: la stragrande maggioranza ha ottenuto lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, mentre la minoranza ha beneficiato di altri *status* umanitari, UNHCR, *Syria Refugee Crisis – Globally, in Europe and in Cyprus*, 2021, disponibile su: <https://www.unhcr.org/cy/2021/03/18/syria-refugee-crisis-globally-in-europe-and-in-cyprus-meet-some-syrian-refugees-in-cyprus/>. In merito alle iniziative dell'Unione europea di fronte alla crisi siriana si veda in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2015, p. 15 ss.; G. CAGGIANO, *Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 7 ss.

¹⁰ Si veda la Dichiarazione del Consiglio UE sulla situazione in Afghanistan del 31 agosto 2022 ed in particolare il punto 6 dove si afferma: «Sulla base degli insegnamenti appresi, l'UE e i suoi Stati membri sono determinati ad agire congiuntamente per evitare il ripetersi dei movimenti migratori illegali incontrollati su larga scala che si sono verificati in passato, elaborando una risposta ordinata e coordinata. Dovrebbero essere evitati gli incentivi alla migrazione illegale. L'UE dovrebbe inoltre rafforzare il sostegno ai Paesi dell'immediato vicinato dell'Afghanistan per assicurare che le persone che ne hanno bisogno ricevano una

conflitto al confine orientale dell'UE con la Bielorussia (che aveva portato alla proclamazione dello stato di emergenza e all'introduzione di modifiche legislative limitative dei diritti fondamentali¹¹), la Polonia e gli altri Stati membri confinanti hanno permesso di attraversare i propri confini, riducendo al minimo i controlli e agli Ucraini è stata assicurata una protezione immediata e collettiva. In pochi mesi, infatti, l'UE ha generosamente accolto più del doppio delle persone arrivate in totale nel 2015-2016, durante la cosiddetta crisi dei migranti.

L'invasione dell'Ucraina ha così riproposto in modo imperioso e drammatico temi come la solidarietà, la protezione e l'accoglienza a coscienza europea ormai dimentiche della violenza bellica. La condivisione degli oneri e l'attraversamento delle frontiere, per anni temi oggetto di dibattito politico (spesso strumentalmente divisivo) o di analisi tra studiosi, si sono affrancate dalla disquisizione teorica assumendo una dimensione tangibile e umana, che ha richiesto risposte rapide e concrete. L'opinione pubblica europea ha dato prova di empatia e ha reagito con un sostegno unanime, che si è riflesso nella risposta (finalmente) condivisa e unitaria dell'UE¹².

Molte analisi hanno, così, sottolineato lo storico mutamento rappresentato dall'approvazione di una decisione del Consiglio che ha attuato la più che ventennale direttiva sulla protezione temporanea¹³, a seguito del rico-

protezione adeguata principalmente nella regione. È essenziale una comunicazione esterna, ma anche interna, unificata e coordinata. Dovrebbero essere lanciate campagne d'informazione mirate al fine di contrastare le narrazioni utilizzate dai trafficanti, anche nell'ambiente online, per incoraggiare le persone a intraprendere viaggi pericolosi e illegali verso l'Europa». Si vedano i rilievi di E. DE CAPITANI, *La pretesa solidarietà europea a fronte della crisi afgana: una ennesima occasione mancata?*, in *AdiMBlog*, www.adimblog.com, agosto 2021; F. L. GATTA, *La crisi afgana bussava alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?*, in *AdiMBlog*, www.adimblog.com, Editoriale, 30 ottobre 2021.

¹¹ A. L. MAJETSCHAK, L. RIEMER, *Poland's Power Play at its Borders Violates Fundamental Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, 16 November 2021, disponibile su: <https://www.ejiltalk.org/polands-power-play-at-its-borders-violates-fundamental-human-rights-law/>; W. KLAUS (Ed.), *Beyond the Law Legal Assessment of the Polish State's Activities in Response to the Humanitarian Crisis on the Polish-Belarusian Border*, ILS PAS's Reports 1/2022, 2022, available at: https://e-bp.inp.pan.pl/xmlui/bitstream/handle/123456789/826/klaus_beyond_the_law.pdf?sequence=1.

¹² L. DRAZANOVA, A. GEDDES, *Europeans welcome Ukrainian refugees but governments need to show they can manage*, in *MPC blog*, 20 giugno 2022, disponibile su: <https://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/attitudes-towards-ukrainian-refugees-and-the-responses-of-european-governments/>.

¹³ *Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, in *GUCE* L 212 del 07.08.2001, p. 12.

noscimento della sussistenza di una situazione di afflusso massiccio di sfollati (circostanza che non si era voluta identificare nel passato per varie ragioni, *infra*). Ci si è chiesti se questo cambiamento di approccio avrebbe avuto un impatto sul futuro della politica europea in materia di asilo e sull'atteggiamento restrittivo che ne ha sempre più caratterizzato l'evoluzione, soprattutto a partire dal 2016¹⁴.

2. Le origini del rifugio temporaneo nel sistema internazionale di asilo

La pratica del rifugio temporaneo non costituisce una novità, né una peculiarità del sistema di asilo europeo, ma è stata oggetto di dibattito ed analisi per decenni¹⁵, ed esiste anche in altri contesti *extra UE*¹⁶, con l'intento di fornire una soluzione pratica, umana e immediata in caso di afflusso di persone su larga scala, in fuga da conflitti o gravi violazioni dei diritti umani, superando i limiti della Convenzione di Ginevra¹⁷ e le difficoltà

¹⁴ S. CARRERA, M. INECI CIGER, L. VOSYLIUTE, L. BRUMAT, *The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity*, EU asylum policy (CEPS Policy Insights), Brussels, 2022; L. RASCHE, *Ukraine's refugee plight, A paradigm shift for the EU's asylum policy?*, Policy Brief, Hertie School, 23 March 2022; D. VIETIELLO, *The Nansen Passport and the EU Temporary Protection Directive: Reflections on Solidarity, Mobility Rights and the Future of Asylum in Europe*, in *European Papers*, Vol. 7, 2022, No 1, *European Forum, Insight* of 30 March 2022, p. 15 ss.; S. BARBOU DES PLACES, *Chronique Droit de l'asile et de l'immigration – La résurgence de la « directive protection temporaire » : cas d'espèce ou réorientation annoncée de la politique d'asile ?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 2, 2022, p. 239; A. CORRERA, *Protezione temporanea per la popolazione ucraina: una svolta per la politica di asilo nell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2022, p. 39 ss.; G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but gold?*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2022, p. 381 ss.; C. PANZERA, *Crisi umanitarie e diritto d'asilo in Europa*, in *associazionedi-constituzionalisti.it*, 2022.

¹⁵ UNHCR ha operato per la prima volta un riferimento al concetto di «asilo temporaneo» nel 1977 in EXCOM Conclusion 5 (XXVI) Asylum (1977). In dottrina si vedano, tra gli altri, J.L. COLES, *Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees*, in *Australian Year Book of International Law*, 8, 1978-1980, 1980, p. 189 ss.; J. FITZPATRICK, *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, p. 279 ss. Più di recente si veda il lavoro di F. NEGOZIO, *La protezione temporanea nel diritto internazionale. Profili di ricostruzione teorica, prassi e prospettive evolutive*, Napoli, 2023.

¹⁶ M. INELI-CIGER, *Protection Gaps and Temporary Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 2017, p. 408 ss.

¹⁷ J-F DURIEUX, A. HURWITZ, *How many is too many? African and European legal responses to mass influxes of refugees*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 105 ss. In tali situazioni alcuni Stati applicano la c.d. determinazione *prima facie*, in proposito si veda M. ALBERT, *Governance and "prima facie" refugee status determination: clarifying the*

procedurali associate all'esame individuale delle domande che una situazione del genere comporta¹⁸. Essa è stata storicamente intesa come una soluzione a breve termine a una situazione di emergenza, applicabile per la durata del conflitto che le ha dato origine.

Previsioni in merito a una forma di protezione temporanea figurano nella Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa del 1969, mentre la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984 afferma l'obiettivo di «fare in modo che i Paesi della regione fissino un trattamento minimo dei rifugiati in base alle disposizioni della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967, nonché della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, prendendo anche in considerazione le conclusioni del Comitato Esecutivo dell'UNHCR, in particolare la conclusione n. 22 sulla protezione delle persone in cerca d'asilo nel caso di arrivi in massa»¹⁹.

Dagli anni novanta si è affermata la nozione di protezione temporanea²⁰ e nel 2014, facendo seguito a riunioni e consultazioni tra esperti, UNHCR ha adottato delle linee guida sulla protezione temporanea²¹, in cui ha chia-

boundaries of temporary protection, group determination, and mass influx, in *Refugee Survey Quarterly*, 2010, p. 61 ss.

¹⁸ La prima forma di protezione temporanea è stata identificata nell'accoglienza offerta da Francia e Regno Unito nel 1936 agli spagnoli in fuga dalla guerra civile per la durata del conflitto. Si veda, in particolare, J. RODRIGO, D. ALEGRE LORENZ, *Before the Convention: The Spanish Civil War and Challenges for Research on Refugee History*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2022, p. 196 ss. Si veda anche la ricostruzione storica in J. THORBURN, *Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-sharing in Europe*, in *International Journal of Refugee Law*, 1995, p. 459 ss. e specialmente pp. 465-467.

¹⁹ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adottata nel corso del Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, tenutosi a Cartagena, il 19-22 November 1984, punto 8. In merito al valore giuridico della Dichiarazione di Cartagena e alla sua rilevanza nel contesto regionalae latino-americano si veda M. REED-HURTADO, *The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America*, giugno 2013, disponibile su: <https://www.refworld.org/pdfid/51c801934.pdf>.

²⁰ Nella conclusione n. 68, il Comitato esecutivo di UNHCR afferma alla lettera u) «Acknowledges that the realization of solutions in a growing number of mass outflow situations is much facilitated where these are made an integral part of a comprehensive plan of action, which balances the interests of affected States and the rights and needs of individuals and, accordingly, encourages UNHCR to work together with States and other interested organizations to explore new solutions-oriented approaches, which might include temporary protection and necessary arrangements for burden-sharing, when a situation so requires». No. 68 (XLIII) GENERAL (1992).

²¹ UNHCR, *Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements* (2014), reproduced in (2015).

rito che essa deve intendersi come un'adeguata risposta di protezione multilaterale alle crisi umanitarie, compresi afflussi su larga scala e movimenti di popolazione complessi o misti, in particolare nelle situazioni in cui le risposte esistenti non sono adatte o adeguate. Tale forma di protezione si delinea, quindi, come una modalità complementare al regime internazionale di protezione dei rifugiati, utilizzabile per colmare le lacune, fornendo una protezione immediata dal respingimento e un trattamento minimo di base, il cui contenuto si rafforza al prolungarsi del soggiorno. Recependo le preoccupazioni espresse a più livelli, le linee guida puntualizzano che la protezione temporanea non deve porsi come sostituto agli obblighi internazionali esistenti (previsti dalla Convenzione di Ginevra oppure da strumenti regionali di protezione dei rifugiati), addirittura scoraggiando le persone dal richiedere la protezione ai sensi di tali strumenti, né è adatta se il soggiorno si prolunga²².

L'accesso dibattito sulla nozione di rifugio temporaneo, che aveva preceduto la conclusione, solleva questioni che non hanno cessato di caratterizzare il discorso intorno alla protezione temporanea negli anni successivi ed anche a livello europeo. Il processo evolutivo in corso non ha finora portato alla definizione di un quadro giuridico di riferimento condiviso a livello internazionale e i molteplici aspetti che caratterizzerebbero tale forma di protezione (presupposti, durata, standard di trattamento, termine ecc.) rimangono incerti. Se una loro definizione potrebbe essere auspicabile in termini di certezza del diritto, si paventa anche il rischio che la formalizzazione di tale nozione possa avere l'effetto di spostare la protezione dei rifugiati dal terreno giuridico a un terreno incerto di contrattazione politica e assistenza umanitaria²³, in quanto nonostante la cautela espressa nelle linee guida UNHCR che la protezione temporanea non costituisce un atto politico²⁴, la natura (almeno parzialmente) politica del ricorso (o del mancato ricorso) a tale forma di rifugio appare innegabile.

3. *L'introduzione della protezione temporanea nell'ambito del sistema europeo di asilo*

Il processo di armonizzazione europea sulla protezione temporanea, che ha condotto all'adozione della direttiva 2001/55/CE, era stato avviato un decennio prima, all'inizio degli anni novanta, in una Comunità europea

²² Si veda l'allegato alle linee guida «What temporary protection/stay *is*, what temporary protection/stay *is not*, and what it *should not be*».

²³ J. FITZPATRICK, *op. cit.*, p. 305.

²⁴ Linee guida, par. 3, punto. 8.

composta da dodici Stati membri, i quali dovettero affrontare l'arrivo di circa cinquecentomila persone in fuga dal feroce conflitto nei Balcani, che provocò la disintegrazione della ex-Iugoslavia²⁵. Di fronte a quegli arrivi massicci di sfollati, gli Stati europei ricorsero a norme nazionali di protezione temporanea, invero profondamente difformi tra loro quanto ai presupposti, allo standard di trattamento accordato e alla relazione con le procedure di asilo, alle possibilità di ricongiungimento familiare, alla durata, al regime giuridico applicabile ai titolari al termine del periodo di protezione previsto a livello nazionale²⁶.

Il Trattato di Amsterdam aveva "comunitarizzato" la politica di asilo e, ai sensi dell'art. 63 TCE, entro cinque anni dall'entrata in vigore dello stesso, il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 67 (e quindi all'unanimità, con il solo parere consultivo del Parlamento europeo), avrebbe dovuto adottare misure applicabili ai rifugiati e agli sfollati (distinte da quelle in materia di asilo a norma della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del Protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo *status* dei rifugiati), volte ad assicurare protezione temporanea agli sfollati di Paesi terzi che non possono ritornare nel Paese di origine e per le persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale. Senza il limite dei cinque anni, era prevista l'introduzione di un meccanismo di *burden sharing*, in quanto in virtù della medesima disposizione il Consiglio avrebbe dovuto adottare misure colte alla promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi²⁷.

Pertanto nel piano di azione adottato alla fine del 1998 (ancora prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e volto a definire il modo migliore per attuare le disposizioni dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia) era avvertita l'urgenza di definire "al più presto" norme minime per assicurare protezione temporanea agli sfollati di Paesi terzi che non possono ritornare nel Paese di origine²⁸. Così il 27 maggio 1999, qualche setti-

²⁵ Per una breve ricostruzione si veda M. BARUTCISKI, *EU States and the Refugee Crisis in the Former Yugoslavia*, in *Refugee*, Vol. 14, No. 3 (June-July 1994), p. 32 ss.; M. KJAERUM, *Temporary Protection in Europe in the 1990's*, in *International Journal of Refugee Law*, 1994, p. 444 ss.

²⁶ K. KOSER, R. BLACK, *Limits to Harmonization: The "Temporary Protection" of Refugees in the European Union*, in *International Migration*, Vol. 37, No. 3, 1999, p. 521 ss.

²⁷ Ai sensi dell'art. 63, par. 4, TCE, alle misure da adottare a norma del punto 2, lettera b) non si applicava il periodo di cinque anni.

²⁸ *Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia* - Testo adottato dal Consiglio giustizia e affari interni del 3 dicembre 1998, in GUCE C 019 del 23.01.1999 p. 1 ss. Il piano distingueva alcune misure da adottare al più presto, altre

mana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il Consiglio ribadendo profonda preoccupazione per le conseguenze umanitarie della crisi nel Kosovo, a causa della quale proseguiva l'esodo di centinaia di migliaia di persone dalla regione, invitò la Commissione e gli Stati membri a trarre le conseguenze dalla risposta da essi data alla crisi del Kosovo, al fine di emanare opportuni provvedimenti a norma del Trattato²⁹. Nel successivo programma di Tampere (il primo, e più ambizioso, programma quinquennale per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia) veniva, quindi, riconosciuta la necessità di un accordo basato sulla solidarietà tra gli Stati membri in merito alla questione della protezione temporanea degli sfollati³⁰.

Su questa base, nel maggio 2000 la Commissione poté presentare una proposta di direttiva³¹ che costituì il primo strumento adottato nell'ambito della neonata competenza nel settore dell'asilo. Più precisamente la direttiva 2001/55/CE, adottata il 20 luglio 2001³², ha istituito una «procedura di carattere eccezionale che garantisce, proprio nei casi di afflusso massiccio, o di imminente afflusso massiccio, di sfollati provenienti da Paesi terzi, che non possono rientrare nel loro Paese d'origine, una tutela immediata e temporanea, da adottarsi *in particolare* qualora vi sia il rischio che il sistema

entro due o cinque anni dall'entrata in vigore dal Trattato di Amsterdam.

²⁹ *Conclusioni del Consiglio relative agli sfollati del Kosovo*, Conclusioni del Consiglio giustizia e affari interni, 27/28 maggio 1999, doc. 8654/99.

³⁰ Punto 16, Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999, conclusioni della presidenza.

³¹ *Proposta di direttiva del Consiglio sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, COM(2000) 303 def. del 24 maggio 2000.

³² La direttiva è stata recepita in Italia con il Decreto Legislativo n. 85 del 7 aprile 2003, che delega a un decreto l'attuazione della protezione temporanea, a seguito della decisione del Consiglio. Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è stato adottato il 28 marzo 2022 (Misure di protezione temporanea per le persone provenienti dall'Ucraina in conseguenza degli eventi bellici in corso) ed è disponibile all'indirizzo: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/04/15/22A02488/sg>, Sulla protezione temporanea, nel contesto generale della politica europea in materia di asilo, si vedano, tra i numerosi contributi, A. SKORDAS, *Council Directive 2001/55 of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law - Commentary*, 2nd edition, 2016, pp. 1054-1107; S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU?*, in *eulawanalysis.blogspot.com*, 2022 J. SCHULTZ, *Collective protection as a short-term solutions: European responses to the protection needs of refugees from the war in Ukraine*, in *emigrationlawblog.eu*, 2022. Per una disamina completa della direttiva si veda la monografia di M. INELI-CIGER, *Temporary protection in Law and Practice*, Leiden, Brill, 2018.

d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento» (art. 2, lett. a).

Elemento caratterizzante di questa forma di protezione è che essa viene attribuita sulla base di procedure, definite a livello nazionale, che non comportano una valutazione circa la sussistenza dei criteri per il riconoscimento dell'asilo o della protezione sussidiaria, ma solo l'accertamento circa l'effettiva appartenenza alle categorie beneficiarie e l'assenza di condizioni ostative (riconducibili essenzialmente a ragioni di pericolosità e sicurezza), evitando, così, il rischio di sovraccarico dei sistemi di asilo degli Stati membri, in quanto le formalità sono ridotte al minimo, in considerazione della situazione d'urgenza. È, in ogni caso, garantito il diritto di ricorso avverso una decisione di rigetto della protezione o di ricongiungimento (art. 29 dir.). Una protezione di carattere collettivo per far fronte quindi a situazioni di fuga di massa, tenuto conto che «quantunque la Convenzione di Ginevra non escluda automaticamente il riconoscimento dello *status* di rifugiato a gruppi interi di persone (*prima facie*), la maggior parte degli Stati membri è reticente ad avvalersi di questa possibilità»³³.

La discussione in merito alla durata della protezione ha costituito uno dei principali punti di contrasto tra Stati membri. La proposta iniziale della Commissione prevedeva una durata massima di 2 anni, ma se la Germania riteneva opportuna una durata maggiore, altri Stati membri richiesero un termine più breve (addirittura meno di un anno Irlanda e Finlandia). La durata pari a un anno, prorogabile automaticamente di sei mesi in sei mesi per un periodo massimo di un altro anno, sancita all'art. 4, è quindi il risultato di un compromesso. E nulla fu, pertanto, previsto per il caso del protrarsi delle condizioni che ne avessero giustificato l'attuazione, né in relazione alla definizione di un regime giuridico uniforme applicabile al termine del triennio.

In ogni caso, per il suo carattere di eccezionalità e per le perplessità che aveva suscitato da parte di vari Stati membri (anche quanto alla possibilità che la constatazione circa la sussistenza dei presupposti per l'attivazione potesse costituire un *pull-factor* dei flussi migratori) e delle organizzazioni della società civile (preoccupate che il ricorso a *questo tertium genus* di protezione potesse costituire un modo per eludere le garanzie del diritto di asilo), non è mai stata applicata, tanto che la Commissione ne aveva ipotiz-

³³ Come puntualizzato dalla Commissione nel memorandum esplicativo della proposta (COM(2000) 303 def. del 24 maggio 2000, cit., punto 2.2., gli Stati hanno quindi escluso di ricorrere al meccanismo di riconoscimento dello *status* di rifugiato *prima facie*, anche tenuto conto che l'articolo 1C della Convenzione, che contiene un riferimento esplicito alla possibilità di ritirare a una persona lo *status* di rifugiato, viene applicato raramente dagli Stati membri.

zato l'abrogazione sostituendola con un nuovo meccanismo applicabile alle situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo³⁴, proposto nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo del 2020³⁵. In particolare, nonostante fosse stata invocata in passato dall'Italia in occasione della primavera araba nel 2011, e fosse stata presentata una richiesta anche rispetto al massiccio esodo di persone in fuga dalla guerra in Siria nel 2015³⁶, non si era mai raggiunto l'accordo politico necessario.

4. *L'attuazione della protezione temporanea a seguito della crisi ucraina*

Al fine di affrontare rapidamente la situazione senza precedenti venutasi a creare in Europa dopo la seconda guerra mondiale, «tale da comportare anche l'evidente rischio che i sistemi di asilo degli Stati membri non sia-

³⁴ *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 def. del 23.9.2020. All'art. 14 era espressamente prevista l'abrogazione della direttiva 2001/55/CE. Al punto 3.1. si puntualizzava che «il documento di lavoro dei servizi della Commissione conclude inoltre che le esistenti misure di concessione di un rapido accesso alla protezione non sembrano più adeguate. Il documento evidenzia che, secondo lo studio relativo alla direttiva sulla protezione temporanea, i portatori di interessi sono stati concordi nell'affermare l'estrema difficoltà con cui è stato conseguito l'accordo degli Stati membri su una possibile attivazione di tale direttiva. Il documento di lavoro dei servizi della Commissione conclude pertanto che la direttiva sulla protezione temporanea non risponde più all'attuale realtà degli Stati membri e deve essere abrogata». In merito alla proposta si vedano P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2020, p. 5 ss.; C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *I Post di AISDUE, III (2021)*, www.aisdue.eu, Forum su «La proposta di Patto su immigrazione e asilo», n. 10, 26 gennaio 2021, *Annali AISDUE*; R. PALLADINO, *Il nuovo status di protezione immediata ai sensi della proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: luci e ombre*, in *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, a cura di I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO, Napoli, 2022, p. 593 ss.

³⁵ Il complesso di misure presentate dalla Commissione europea nel settembre 2020 per la riforma delle politiche europee di asilo e immigrazione. Cfr. la 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*, del 23 settembre 2020, COM(2020) 609 finale, e le diverse proposte legislative di accompagnamento.

³⁶ Si vedano le ricostruzioni in B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *The 'Arab Spring' and the Extraordinary Influx of People who Arrived in Italy from North Africa*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, 13(4), p. 341 ss. e M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, 18(1), p. 1 ss.

no in grado di gestire gli arrivi senza conseguenze negative per il proprio efficace funzionamento, gli interessi delle persone coinvolte e quelli delle altre persone che chiedono protezione», i Ministri dell'Interno di ventisei Stati membri (esclusa la Danimarca che, ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo n. 22 allegato ai Trattati, non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte ai sensi del Titolo V della Parte Terza del TFUE), nella riunione del Consiglio GAI tenutasi a Bruxelles il 4 marzo, hanno dato attuazione alla direttiva sulla "protezione temporanea", approvando all'unanimità in un paio di giorni la decisione di esecuzione (UE) 2022/382³⁷.

A differenza del passato, in questa occasione tutti gli Stati membri hanno concordato sull'opportunità di applicare la protezione temporanea ai cittadini ucraini in fuga dalla guerra, giudicandola «lo strumento più adeguato nella situazione attuale» (considerando 16); tuttavia, i Paesi del gruppo di Visegrád e l'Austria si sono opposti a un'ulteriore estensione. La decisione approvata è stata, quindi, il risultato di un compromesso rispetto alla proposta della Commissione, che ne prevedeva l'applicazione anche ai cittadini di Paesi terzi o agli apolidi legalmente residenti in Ucraina e impossibilitati a tornare nel Paese o nella regione di origine in condizioni sicure e durature (requisito, quest'ultimo, non applicabile nemmeno ai residenti di lungo periodo in Ucraina). Nel testo finale, la protezione temporanea si applica, quindi, solo ai cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 e agli apolidi e ai cittadini non ucraini che hanno beneficiato di protezione internazionale o di una protezione nazionale equivalente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022, se sfollati dall'Ucraina a partire da tale data, e ai loro familiari. L'opzione, lasciata agli Stati membri, di estenderla ad altre categorie ha dato luogo a un sistema a "geometria variabile"³⁸.

È evidente che ai cittadini ucraini è stato offerto un trattamento particolarmente favorevole, dal momento dell'attraversamento delle frontiere (con la raccomandazione della Commissione agli Stati membri di allentare il rigore dei controlli alle frontiere esterne³⁹), al riconoscimento della pro-

³⁷ *Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio, del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea*, in GUUE L 71 del 4.3.2022, p. 1. Si veda in particolare il considerando 7.

³⁸ Per un'analisi delle diverse applicazioni negli Stati membri si veda il report di UNHCR, *The EU Temporary Protection Directive in Practice 2022*.

³⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l'attraversamento delle frontiere UE-Ucraina*, 2022/C 104 I/01, in GUUE C 104I del 04.03.2022, p. 1 ss e comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale

tezione (immediato in presenza dei requisiti e in assenza di cause di esclusione e non soggetto all'incertezza, anche per anni, dell'esito), alla possibilità di scegliere il Paese di residenza⁴⁰. Né le dimensioni e la velocità dei flussi, né i costi associati all'accoglienza o l'aumento della popolazione immigrata sembrano aver costituito un deterrente. Inoltre, soprattutto nella fase iniziale, si è assistito a un coinvolgimento molto forte, diretto e proattivo, non solo emotivo, della popolazione: in Italia, ciò ha dato vita a un movimento spontaneo e ampio di persone che hanno aperto le loro case, portando le autorità competenti a introdurre formalmente nel sistema nazionale una forma di accoglienza diffusa che si è aggiunta alle condizioni ordinarie di accoglienza dei richiedenti asilo.

5. *Questioni aperte e prospettive*

Nonostante le difficoltà sorte nell'attuazione del meccanismo di protezione temporanea, anche dovute alla novità della procedura e alla rapidità della sua messa in opera, è di tutta evidenza quindi che gli sfollati ucraini hanno potuto beneficiare di un'accoglienza completamente diversa, giuridicamente assai più vantaggiosa, rispetto a quella ordinariamente riservata ai cittadini di altri Paesi terzi, pur in fuga da guerre o persecuzioni. Molte ragioni (sociologiche e culturali, strategiche e politiche) sono state indicate per spiegare questa difformità⁴¹.

europeo e al Comitato delle regioni, *Solidarietà europea nei confronti dei rifugiati e di coloro che fuggono dalla guerra in Ucraina*, COM(2022) 107 fin. Si consideri, inoltre, che l'Ucraina figura nell'elenco di cui all'allegato II del regolamento (UE) 2018/1806 e i cittadini ucraini, titolari di un passaporto biometrico, sono esenti dall'obbligo del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri per soggiorni la cui durata globale non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni.

⁴⁰ Come puntualizzato nel considerando 16 della dec. di esecuzione 2022/382, i cittadini ucraini, in quanto viaggiatori esenti dall'obbligo di visto, hanno il diritto, dopo essere stati ammessi nel territorio, di circolare liberamente all'interno dell'Unione per un periodo di 90 giorni. Su tale base hanno potuto scegliere lo Stato membro in cui intendevano godere dei diritti connessi alla protezione temporanea e raggiungere i familiari e gli amici (un aspetto quest'ultimo espressamente indicato dalla Commissione nelle premesse ed invero inutilmente messo in luce ai fini della riforma del c.d. regolamento Dublino e del superamento dei criteri rigidamente oggettivi ivi contemplati, ma al quale non è stato attribuito rilievo nei confronti degli altri richiedenti asilo). Questa opportunità, accompagnata dalla rinuncia all'applicazione dell'articolo 11 della direttiva 2011/55/CE, è stato ritenuto funzionale a facilitare «nella pratica l'equilibrio degli sforzi tra Stati membri, riducendo quindi la pressione sui sistemi nazionali di accoglienza».

⁴¹ M. INELI-CIGER, *5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, 7.3.2022, in *Eumigrationalahwblog.eu*; A. PETRACHIN, L. HADJ ABDYOU, *Explaining the remarkable shift in European responses to refugees*

Come si è detto, ci si è interrogati se questo approccio dell'Unione europea, tanto inaspettato, rapido e coeso, potesse comportare un cambiamento di paradigma della politica europea di asilo. Tuttavia, nonostante gli auspici formulati da più parti, non sembra di intravedere un ripensamento rispetto alle politiche restrittive che hanno caratterizzato il recente passato. La persistenza di un atteggiamento di contenimento dei flussi migratori è alla base del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo presentato dalla Commissione nel settembre 2020, ulteriormente irrigidito nel processo negoziale alla luce delle posizioni espresse dagli Stati membri, ed è confermata da diverse altre e successive proposte (si vedano, in particolare, la revisione del codice delle frontiere Schengen e la proposta relativa alla strumentalizzazione della migrazione⁴², poi confluita nel regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore).

Non sembra, insomma, di intravedere una mutata attitudine rispetto a crisi o flussi migratori di origine diversa. La reazione di fronte all'invasione in Ucraina sembra configurarsi sempre più come un caso unico, sebbene abbia avuto almeno un impatto concreto sulla politica di asilo europeo: rispetto a quanto originariamente previsto nel Patto, la bozza finale del regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore mantiene in vigore la direttiva 2001/55/CE (di cui era appunto stata prospettata l'abrogazione⁴³), nella rinnovata consapevolezza che

following Russia's invasion of Ukraine, in LSE European Politics and Policy (EUROPP) blog, 09 March 2022, R. BUENO LACY, H. VAN HOUTUM, The proximity trap: how geography is misused in the differential treatment of Ukrainian refugees to hide for the underlying global apartheid in the European border regime, in Asile, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, 27.6.2022; A. ESPOSITO, The Limitations of Humanity: Differential Refugee Treatment in the EU, in Harvard International Review, 1.9.2022; M. FULLERTON, Temporary Protection for Ukrainians in the European Union: Why Now and When Again?, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 749, 2024, disponibile su: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4571254>

⁴² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, COM(2021) 891 finale del 14.12.2021 e proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo, COM(2021) 890 finale del 14.12.2021. Per un commento S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, ADIMblog, www.adimblog.com, 28.12.2021; M. FORTI, *Questioni giuridiche e problemi di tutela dei diritti fondamentali nella risposta dell'Unione europea alle pratiche di strumentalizzazione dei flussi migratori*, in *Freedom, Security and Justice*, 3/2022, <http://www.fsjeurostudies.eu/>, p. 245 ss.

⁴³ In proposito si vedano i rilievi di E. PISTOIA, *Dalla protezione temporanea alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina come cartina tornasole della proposta di trasformazione*, in *Freedom, Security & Justice*, 2022, p. 101 ss.

«l'UE e i suoi Stati membri possono trovarsi di fronte a sfide migratorie che possono variare notevolmente, in particolare per quanto riguarda l'entità e la composizione degli arrivi. È quindi essenziale che l'Unione sia dotata di una varietà di strumenti per rispondere a tutti i tipi di situazioni»⁴⁴.

Per quanto attiene, in ogni caso, alla protezione temporanea in corso, il protrarsi del conflitto ucraino rende più evidenti gli interrogativi circa le prospettive per gli oltre quattro milioni di persone che hanno trovato accoglienza nell'UE. Si tratta di una questione di rilevanza strategica anche per la stessa Ucraina, perché se i complessivi sei milioni di sfollati non rientrassero nel Paese, questo comporterebbe un calo demografico del 15%, con evidenti ripercussioni sociali ed economiche. Pertanto, le NU stanno collaborando con le autorità ucraine per pianificare il ritorno, sottolineando che se e quando gli sfollati torneranno nel Paese dipenderà da una serie di fattori, tra cui le condizioni nei paesi di rifugio e in Ucraina, il tipo di politiche e programmi che il governo ucraino e la comunità internazionale metteranno in atto per incentivare il ritorno⁴⁵.

Come si è detto, questo aspetto ha sempre rappresentato uno dei profili più critici dell'istituto, fonte di accesi dibattiti. Ma la questione è tanto più pressante in quanto la protezione temporanea è stata rinnovata fino al 4 marzo 2025⁴⁶ e si tratta della massima estensione consentita, ai sensi dell'art. 4 dir. 2001/55/CE. I presupposti circa le condizioni di rientro (cessazione del conflitto o ricostruzione del Paese, tale da poter assicurare una vita dignitosa agli sfollati?), la possibilità di presentare una domanda di asilo o di convertire il permesso e di stabilizzare la propria posizione sul territorio rappresentano punti centrali. La dir. 2001/55/CE prevede meccanismi di rimpatrio volontario (da attuare in via preferenziale, art. 21) e anche forzato al termine della protezione, contemplando ipotesi di deroga solo in situazioni eccezionali. Escludendo che si voglia ricorrere a rimpatri forzati di massa, occorre ricordare che le linee guida di UNHCR sul rimpatrio volontario raccomandano che i rimpatri volontari avvengano in condizioni di dignità, protezione e sicurezza, che include la sicurezza fisica ovvero la protezione da attacchi armati e percorsi privi di mine e, se non sminati, almeno ben delimitati, e la sicurezza materiale con accesso ai mezzi di sostentamento⁴⁷.

⁴⁴ Nuovo considerando 36 (g). Doc. 13739/23 del 3.10.2023.

⁴⁵ UN, *Planning the post-invasion return of citizens to Ukraine*, 8 ottobre 2023.

⁴⁶ Decisione di esecuzione (UE) 2023/2409 del Consiglio del 19 ottobre 2023, in GUUE L del 24.10.2023.

⁴⁷ UNHCR, *Handbook Voluntary Repatriation: International Protection*, 1996.

Per quanto attiene alla possibilità di stabilirsi a lungo termine nei paesi ospiti, sulla base della proposta di modifica della direttiva 109/2003⁴⁸, presentata ad aprile 2022 dalla Commissione, i periodi trascorsi nella UE in qualità di titolari della protezione temporanea possono essere computati ai fini del calcolo dei cinque anni richiesti per accedere allo *status* di soggiornante di lungo periodo, a condizione che la persona abbia in seguito ricevuto un permesso di soggiorno idoneo all'acquisizione dello stesso. Il tema della successiva conversione del permesso, ai fini di una stabilizzazione della permanenza nell'UE, diventa pertanto cruciale. Su questo aspetto, il legislatore italiano è intervenuto recentemente: nel dare attuazione alla proroga della protezione temporanea (fino al 31 dicembre 2024), con la l. 30 dicembre 2023 n. 213, art. 1, c. 395-396, ha previsto la possibilità di convertire i permessi per protezione temporanea, a richiesta dell'interessato, in permessi di soggiorno per lavoro, per l'attività effettivamente svolta, con richiamo alle disposizioni di cui all'art. 5, c. 2-ter, del testo unico di cui al d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Pertanto, in Italia chi nei tre anni di attuazione della protezione sarà riuscito ad inserirsi e ottenere un contratto di lavoro potrà restare, richiedendo la conversione del permesso.

Resta non definita la situazione di quanti non saranno stati in grado, per svariate situazioni personali, di accedere ad un lavoro con un regolare contratto, ove al termine del triennio non sussistessero ancora le condizioni per un rientro sicuro in Ucraina. Al momento l'unica possibilità sarebbe la presentazione di una domanda di asilo ai sensi dell'art. 17 dir. In Italia, il d.p.c.m. 28 marzo 2022, all'art. 3, ha disposto che il titolare di permesso di soggiorno per protezione temporanea possa presentare, in qualsiasi momento, la domanda di protezione internazionale. Ma con una previsione che ha suscitato perplessità circa la compatibilità con la dir. 2001/55/CE⁴⁹, nel caso in cui il richiedente sia già titolare di protezione temporanea, l'esame e la decisione della domanda di protezione internazionale sono differiti alla cessazione della stessa, ai sensi dell'art. 7, co. 1, d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85. Prevedibilmente, quindi, in assenza dei presupposti per la conversione e di altre modalità di prolungamento dei permessi, al termine del triennio, migliaia di persone potrebbero presentare contemporaneamente la domanda di protezione internazionale, con un possibile aggravio per il sistema di asilo nazionale. Occorre anche ricordare in proposito con il

⁴⁸ Cfr. art. 4, apr. 5, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione)*, COM(2022)650 finale, del 27.04.2022.

⁴⁹ Cfr. B. NASCIBENE, *Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea*, I Post di AISDUE, IV (2022), aisdue.eu, Sezione "Articoli", n. 9, 29 ottobre 2022 Quaderni AISDUE.

decreto 9 marzo 2022⁵⁰, «considerati gli sviluppi della crisi tra Federazione Russa e Ucraina e della emergenza umanitaria creatasi in Ucraina con conseguenze sulla situazione di sicurezza della popolazione sull'intero territorio nazionale ucraino» era stata disposta la temporanea sospensione (fino al 31 dicembre 2022) dell'art. 1 del decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 4 ottobre 2019⁵¹, limitatamente all'Ucraina, che pertanto era stata sospesa dalla lista dei «Paesi di origine sicuri». Il successivo decreto di aggiornamento periodico della lista dei Paesi di origine sicuri per i richiedenti protezione internazionale, adottato il 17 marzo 2023⁵² in sostituzione del precedente del 2019, ed attualmente in vigore, non ha più incluso l'Ucraina nell'elenco. È evidente che l'ampiezza dell'accesso, ad una diversa ed ulteriore forma di protezione, dipenderà anche dalla scelta di mantenere l'Ucraina fuori da questo elenco ovvero di reinserirla⁵³.

È auspicabile che la definizione delle condizioni di permanenza nei paesi ospiti avvenga, pertanto, nel contesto di una più ampia riflessione attuata dalla comunità internazionale che, da un lato, tenga conto della situazione effettiva in Ucraina e nel paese ospite (ove non sussistano ancora le condizioni per un rientro), ma dall'altra parte cominci ad introdurre strumenti di supporto efficaci per il rientro.

Superata la fase dell'emergenza, per l'Unione europea si prospetta, quindi, una nuova sfida, ovvero quella dell'individuazione di soluzioni a lungo termine per chi deciderà di restare⁵⁴. Il tema è stato espressamente

⁵⁰ Decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 9 marzo 2022, *Revisione della lista dei Paesi sicuri per i richiedenti protezione internazionale*, G.U. Serie Generale n. 59 del 11.03.2022.

⁵¹ Decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 4 ottobre 2019, *Individuazione dei Paesi di origine sicuri, ai sensi dell'articolo 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25*, in G.U. Serie Generale n. 235 del 07.10.2019.

⁵² Decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 17 marzo 2023, *Aggiornamento periodico della lista dei Paesi di origine sicuri*, in G.U. Serie Generale n. 72 del 25.03.2023.

⁵³ L'inserimento nella lista dei Paesi di origine sicura ha delle conseguenze in relazione ai termini e alle garanzie nell'esame delle domande di protezione internazionale. Si vedano C. PITEA, *La nozione di "Paese di origine sicuro" e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2019, p. 642 ss., F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nel diritto italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della legge 132/2018 di conversione del c.d. "decreto sicurezza"*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 2.2019, p. 149 ss., G. ARMONE, *Il decreto interministeriale sui Paesi di origine sicuri e le sue ricadute applicative*, in *Questione giustizia*, 2021.

⁵⁴ M. SIE DHIAN HO, B. DEEN, N. DROST, *Long-term protection in Europe needed for millions of Ukrainian refugees*, Settembre 2022, Netherland Institute of International Rela-

affrontato in occasione del Consiglio GAI informale tenutosi a fine gennaio 2024, nel corso del quale i ministri hanno discusso del futuro degli sfollati ucraini e di possibili vie complementari o alternative rispetto alle misure di protezione temporanea, sottolineando la necessità di essere preparati per la conclusione del triennio nel marzo 2025. È stata, in particolare, sottolineata la necessità di un'armonizzazione europea in questo campo, concordando con la Presidenza belga che «l'adozione di 27 legislazioni nazionali diverse su questo tema sarebbe controproducente, porterebbe a movimenti secondari e causerebbe incertezza»⁵⁵. La Commissione e gli Stati membri hanno, quindi, deciso di avviare la discussione, per prendere una decisione congiunta nel prossimo futuro, anche con le autorità ucraine.

Queste ultime sembrerebbero però orientare a sollecitare l'UE a promuovere un quadro giuridico idoneo a favorire il rientro in patria degli sfollati⁵⁶. Occorre in proposito anche ricordare che il Consiglio europeo, in occasione della riunione del 14 dicembre 2023, ha deciso formalmente di avviare i negoziati di adesione con l'Ucraina (oltre che con la Repubblica di Moldova)⁵⁷.

Tuttavia, è evidente che quanto più si protrarrà il conflitto, tanto più saranno incerte le prospettive di rientro e il rimpatrio non potrà essere la soluzione di generale applicazione. Come del resto ha dimostrato l'esperienza del conflitto nella ex-Iugoslavia, e anche più recente della protezione temporanea in Turchia⁵⁸. E come conferma l'ultima rilevazione promossa all'inizio del 2024 da UNHCR, da cui emerge che la percentuale di sfollati che pianificano o sperano di tornare in Ucraina in futuro è diminuita rispetto a un anno fa (dal 77 al 65 per cento), mentre è aumentata la quota di coloro che sono indecisi sul ritorno (dal 18 al 24 per cento) e di co-

tions; U. DADUSH, P. WEIL, *Will Ukraine's refugees go home?*, Policy Contribution 16/2022, Bruegel.

⁵⁵ Cfr. Belgian Presidency, *Ministers discuss key topics related to migration and security*, 24 gennaio 2024. In concomitanza con l'avvio di questa riflessione politica anche ECRE ha pubblicato un policy paper con le possibili alternative prospettabili alla fine del triennio. Cfr. ECRE, *Transitioning out of the Temporary Protection Directive*, febbraio 2024.

⁵⁶ Ukraine wants EU's next migration rules to encourage returns, 24 gennaio 2024, in politico.eu.

⁵⁷ *Conclusioni del Consiglio europeo su Ucraina, allargamento e riforme* del 14 dicembre 2022. L'Ucraina aveva presentato domanda di adesione all'UE all'indomani dell'invasione, nel febbraio 2022, e ha ottenuto lo status di paese candidato all'adesione all'UE nel giugno 2022.

⁵⁸ A. DICLE ERGI, *Next Step after the Termination of Temporary Protection Regime: Transition to RSD Procedures?*, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War 21.09.2022.

loro che dichiarano di non avere più alcuna speranza di tornare (dal 5 all'11 per cento)⁵⁹.

Come ha posto in luce lo stesso UNHCR, poiché sono in corso discussioni sul futuro dei regimi di protezione temporanea negli Stati europei ospitanti e su un'eventuale transizione verso regimi di soggiorno alternativi, le istituzioni europee e gli Stati membri hanno l'opportunità di creare un quadro politico flessibile che assicuri decisioni di rimpatrio volontarie consapevoli, sulla base di informazioni adeguate, e offra garanzie sulla possibilità di accedere nuovamente alla protezione internazionale se la situazione della sicurezza peggiora o se i rimpatri si rivelano insostenibili in un contesto fluido caratterizzato da notevoli incognite e rischi⁶⁰. Le scelte che saranno operate dall'Unione europea potranno costituire un precedente che trascenderà l'ambito europeo, potendo rappresentare un incisivo modello di gestione delle crisi. Senza dimenticare gli obblighi di rispetto dei diritti fondamentali delle persone coinvolte⁶¹, contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed espressamente richiamati nelle due decisioni di esecuzione con cui, rispettivamente, è stata attuata la protezione temporanea nel 2022 e ne è stata disposta la proroga fino al marzo 2025⁶².

ABSTRACT

The application of temporary protection in the European Union: open legal issues and prospects

This paper examines the implementation of temporary protection in the European Union (EU) in response to the crisis in Ukraine. By analyzing the legal framework and practical implications of the EU Temporary Protection Directive

⁵⁹ UNHCR, *Lives on hold: Intentions and Perspectives of Refugees, Refugee Returnees and IDPs from Ukraine #5 Summary Findings*, febbraio 2024, disponibile su: https://data.unhcr.org/en/documents/details/106738?_gl=1*1q6a7pk*_rup_ga*MTk0MDQxNzc2MC4xNjg4NjQzNjAz*_rup_ga_EVDQJTJ4LjYyMTcwODQzNzE3Mi4xMy4wLjE3MDg0MzcxNzIuMC4wLjA.*_ga*MTk0MDQxNzc2MC4xNjg4NjQzNjAz*_ga_X2YZPJ1XWR*MTcwODQzNzE3Mi41LjAuMTcwODQzNzE3Mi42MC4wLjA.#_ga=2.135913713.1341602735.1708437172-1940417760.1688643603.

⁶⁰ UNHCR, *Position on Voluntary Return to Ukraine*, 2023, disponibile su: <https://www.refworld.org/policy/countrypos/unhcr/2023/en/124299>.

⁶¹ M. INELI-CIGER, *What happens next? Scenarios following the end of the temporary protection in the EU*, in *eumigrationlawblog.eu*, 2023; M. WAGNER, J. SEGEŠ FREĽAK, C. KATSIAFICAS, *Responding to displacement from Ukraine: Options to remain when EU temporary protection ends*, ICMPD, 2023.

⁶² Si vedano il considerando 22 della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 e il considerando 9 della decisione di esecuzione (UE) 2023/2409.

(TPD), the study explores the unprecedented activation of this instrument in 2022 to address the massive influx of displaced Ukrainians. The paper delves into the historical origins of temporary refuge, the introduction of the TPD in the European asylum system, and the specific measures adopted to grant immediate protection to those fleeing the conflict. It also addresses open questions and future prospects, particularly regarding the potential impact of this experience on the EU's asylum policy and the long-term solutions envisaged for beneficiaries of temporary protection.

LA TUTELA DEL MIGRANTE TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO AMMINISTRATIVI*

Chiara Feliziani**

SOMMARIO: 1. La materia dell'immigrazione come banco di prova per il diritto amministrativo. – 2. L'influenza della giurisprudenza sovranazionale sull'*an* e sul *quomodo* della tutela amministrativa del migrante. – 3. Legislatore - amministrazione - giudice. – 3.1. Concetti giuridici indeterminati e ruolo di supplenza del giudice. – 3.2. Vizi procedurali, amministrazione "difensiva" e giudice amministrativo. – 4. La tutela del migrante tra legalità formale e legalità sostanziale.

1. *La materia dell'immigrazione come banco di prova per il diritto amministrativo*

La c.d. «emergenza immigrazione»¹ che – da alcuni anni a questa parte – è al centro dell'agenda politica dell'Unione europea e, di riflesso, di quella degli Stati membri (specie se di prima accoglienza) non sfugge – come noto – all'attenzione del diritto amministrativo².

Qui, infatti, si discute da tempo e con ampiezza di argomentazioni di questioni quali – in particolare – la cittadinanza³, l'ordine pubblico e la

* Il contributo ripropone, con gli opportuni adattamenti e le integrazioni del caso, i contenuti della relazione tenuta nel corso del Convegno "Cittadinanza e Stato di Diritto per un'Unione europea più forte", Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche, 8-9 maggio 2023. L'A. ringrazia sentitamente gli organizzatori del convegno per il gradito invito.

** Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Macerata.

¹ In termini C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'"emergenza" immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 785 ss. Più in generale, in tema, si v. M. SAVINO, (voce) *Immigrazione*, in *Enciclopedia del diritto* (vol. Funzioni amministrative), Milano, 2022, *passim*.

² Si v. – ad esempio – i lavori monografici di M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario, richiedenti asilo, asilanti, apolidi*, Napoli, 2016, *passim*; M. INTERLANDI, *Fenomeni migratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, *passim* e di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, *passim*.

³ In argomento, v. spec. M. MAZZAMUTO, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell'ordinamento multilivello*, in S. D'ACUNTO - A. DE SIANO - V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, 2017, pp. 217 ss.; F. TIGANO, *Diritti sociali, cittadinanza ed immigrazione. È ancora attuale il tradizionale concetto di cittadinanza?*, in F. ASTONE - A. LUPO - V.

pubblica sicurezza⁴ o, ancora, l'accesso a determinati servizi da parte degli immigrati⁵ e – non da ultimo – la garanzia dei loro diritti fondamentali⁶, anche dal punto di vista della tutela sia procedimentale sia giurisdizionale⁷ (i.e. procedurale).

Da ciò consegue che, nella sua complessità, la materia dell'immigrazione finisce per costituire un interessante banco di prova per il diritto amministrativo. E tanto in ragione del fatto che alcuni istituti “classici” del sistema di diritto amministrativo si trovano a dover essere in certa misura riconsiderati al fine di poter offrire idonee risposte alle istanze di tutela (in senso ampio) che la materia *de qua* pone.

Si pensi – volendo esemplificare – alla valorizzazione della dimensione procedimentale e al necessario accrescimento delle tutele ivi previste⁸; al perimetro della discrezionalità e alla necessità per il giudice amministrativo di operare costantemente un attento bilanciamento tra interessi contrapposti⁹; ancora, ai concetti giuridici c.d. indeterminati che – specie per effetto dell'influenza del diritto europeo e della interpretazione dello stesso resa

PRUDENTE - A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, 219 ss.

⁴ Sul tema, v. ad es. G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.

⁵ Al riguardo, si v. M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati tra “certezza” del diritto e “incertezza della sua effettività”*, in M. IMMORDINO - A. CELONE (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in *Nuove autonomie*, 2013, 2 (numero monografico), 197 ss.

⁶ In proposito, si v. M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *Federalismi.it*, 2014, 19, 1 ss.

⁷ In argomento, e salvo gli ulteriori contributi di cui si darà conto *infra*, si v. A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 3, pp. 816 ss.; F. MARTINES, *La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA - C. CURTI GIALDINO (dir. da), *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del sud*, 2020, pp. 232 ss.; G. TROPEA, *Homo sacer? Osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 4, pp. 839 ss., nonché – se si vuole – C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 2, pp. 267 ss.

⁸ In tema, tra gli altri, M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 2, pp. 393 ss.

⁹ Aspetto, questo, già evidenziato – ad. es. – da A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 816 ss. e da M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018, 5, 1, spec. pp.15 ss.

dal suo giudice – finiscono per vedersi attribuito un significato meno evanescente che in altri ambiti del diritto¹⁰.

È dunque specialmente su questi aspetti – e più in generale sulle implicazioni (*rectius*, trasformazioni)¹¹ che la materia dell'immigrazione importa sul sistema di diritto amministrativo – che si appunteranno le considerazioni che seguiranno.

Considerazioni che – si avverte – sono tenute insieme da almeno due fili rossi, i quali a loro volta presentano talora – si vedrà – delle inevitabili sovrapposizioni.

Il primo filo rosso è quello della necessaria influenza del diritto sovranazionale – in particolare europeo ed euro-convenzionale (i.e. CEDU) – sull'ordinamento interno, anche per ciò che concerne l'*an* e il *quomodo* della tutela giurisdizionale, nonché – ancor prima – della tutela procedimentale.

Il secondo filo rosso è invece quello per cui, nella materia *de qua*, nella triangolazione legislatore/amministrazione/giudice (amministrativo)¹², quest'ultimo finisce – ancor più che in altri ambiti dell'agire amministrativo – per svolgere un ruolo di “supplenza” rispetto ai vuoti lasciati aperti dal primo (i.e. il legislatore)¹³ e all'agire illegittimo o – come pure talora accade – “difensivo” della seconda (i.e. l'amministrazione)¹⁴.

2. *L'influenza della giurisprudenza sovranazionale sull'an e sul quomodo della tutela amministrativa del migrante*

Posto quanto precede, merita innanzitutto osservare come, nel tempo, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia UE abbiano

¹⁰ In questo senso anche M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., passim.

¹¹ Sulle trasformazioni che interessano il diritto amministrativo e soprattutto la giustizia amministrativa, si v. – senza pretesa alcuna di esaustività – F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, 2, pp. 115 ss.

¹² Con specifico riguardo al rapporto amministrazione - giudice amministrativo, si v. le sempre attuali pagine di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema della legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, spec. p. 24.

¹³ In argomento, si v. A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, in M. SAVINO - D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione. Tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Napoli, 2023, pp. 225 ss.

¹⁴ In ordine al fenomeno dell'amministrazione difensiva e alle conseguenze che ad esso si legano, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia.*, 2019, 1, pp. 155 ss.

entrambe offerte indicazioni di fondamentale rilievo per quel che concerne l'*an* e il *quomodo* della tutela che gli Stati sono chiamati ad apprestare nei confronti dei migranti. Ciò vale ovviamente anche con riferimento al sistema italiano, il quale non è rimasto (*rectius*, potuto rimanere) affatto impermeabile a tali indicazioni¹⁵.

In particolare, quanto all'*an* della tutela, assume rilievo innanzitutto la giurisprudenza di Strasburgo in tema di respingimenti¹⁶, specie in mare¹⁷. Questi, infatti, sono stati sovente qualificati dalla Corte Edu come una attività materiale della pubblica amministrazione sottratta a qualsivoglia forma di tutela giurisdizionale. Dal che, a giudizio della stessa Corte, la violazione del diritto (sostanziale) ad un ricorso effettivo *ex art. 13 CEDU*, ossia il diritto ad una procedura «accessibile, in pratica e in diritto», e «adeguata» al caso di specie¹⁸.

Sul punto – tra le molte sentenze che hanno interessato il nostro Paese – rileva senz'altro la pronuncia adottata nel 2012 dalla Grande Camera nel caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*¹⁹. Qui infatti la Corte di Strasburgo ha riscontrato la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 13 CEDU nella misura in cui – si legge nella sentenza – i ricorrenti sono «stati privati di ogni via di ricorso che avrebbe consentito loro di sottoporre ad una autorità

¹⁵ In generale, sull'argomento si v. A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti: diritti fondamentali ed immigrazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 21, pp. 1 ss.

¹⁶ Pietra miliare in materia è considerata la sentenza Corte Edu 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88. Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, si v. Corte Edu 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. 37201/06, per un commento alla quale A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 2, pp. 449 ss., e Corte Edu 19 gennaio 2010, *Hussun e a. c. Italia*, ric. 10171/05, 10601/05, 11593/05, in ordine alla quale si segnala il commento di C. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, in *asgi.it*, 2010.

¹⁷ In tema si v. i contributi di F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'azione dell'Unione Europea in materia di asilo e immigrazione e il rispetto degli obblighi internazionali degli Stati membri: alcune considerazioni* e di L. SALVADEGO, *Il rispetto del principio di non refoulement nel Mediterraneo centrale*, entrambi in L. SALVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del mediterraneo centrale*, cit., rispettivamente pp. 21 ss. e spec. p. 29 e pp. 105 ss.

¹⁸ In argomento, sia consentito rinviare *amplius* a C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, 2018, spec. pp. 159 ss.

¹⁹ Vale a dire Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ric. 27765/09, per commento alla quale si v. specialmente P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 2, pp. 447 ss. e A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3, pp. 2358 ss.

competente le doglianze (...) e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento»²⁰.

In senso analogo si ricorda anche la sentenza resa dalla Corte Edu nel 2014 in relazione al caso *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*²¹, dove si legge che – contrariamente a quanto avvenuto nei fatti – «le doglianze dei ricorrenti (...) avrebbero meritato un esame sul merito dinanzi a un giudice nazionale nell'ambito di un procedimento conforme alle esigenze derivanti dall'art. 13» CEDU²². Dal che, anche in questo caso, il collegio fa discendere la violazione di detto art. 13 CEDU, peraltro in combinato con gli artt. 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4²³.

Ancora, merita qui di essere richiamata la di poco successiva sentenza relativa al caso *Khlaifia e a. c. Italia*²⁴, nella quale la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistere la violazione – da parte dello Stato italiano – degli artt. 13 e 3 CEDU con riferimento alle (cattive) condizioni di accoglienza apprestate e soprattutto all'impossibilità per i ricorrenti di denunciarle²⁵.

Da ultimo, in tema di *age assesement*²⁶ si deve necessariamente ricordare la sentenza del 2022 relativa al caso *Darboe e Camara c. Italia*²⁷. Qui infatti la Corte Edu ha stigmatizzato la circostanza che l'amministrazione procedente, in spregio delle garanzie prescritte dal diritto internazionale ed interno, abbia presunto erroneamente la maggiore età del ricorrente, trattendolo per un lungo periodo di tempo presso un centro di accoglienza

²⁰ Par. 205 della sentenza in parola.

²¹ Segnatamente, Corte Edu 21 ottobre 2014, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*, ric. 16643/09. In dottrina, per un commento, si v. P. BONETTI, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia e Thakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 1, pp. 219 ss.

²² Par. 173 della sentenza in parola.

²³ Par. 181 e 243 della sentenza in parola.

²⁴ Vale a dire, Corte Edu 1 settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ric. 1483/12, in merito alla quale si v. F. FERRI, *Detenzione in centri di accoglienza, un commento sulla sentenza Khlaifia vs. Italia*, in *asgi.it*, 2017, nonché gli ampi riferimenti presenti in R. PALLADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in A. DI STASI (a cura di) *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 167 ss. e spec. p. 184.

²⁵ Si v. spec. i parr. 13, 16 e 26 della sentenza in parola.

²⁶ Sull'argomento, si v. il contributo di M. BENVENUTI, *Dubito, ero iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2022, 1, pp. 172 ss.

²⁷ Corte Edu, I sez., 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. 5797/17, per un commento alla quale si v. G. SANTOMAURO, *L'accertamento dell'età di fronte alla Corte di Strasburgo: garanzie procedurali per il minore straniero non accompagnato*, in *Adimblog.it*, 2022.

per adulti²⁸. Inoltre, i giudici hanno riscontrato la violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con gli artt. 3 e 8 CEDU, data l'assenza di rimedi giurisdizionali effettivi messi a disposizione del Governo italiano per permettere al ricorrente di contestare la legittimità dell'*age assessment* e delle condizioni di vita subite durante il soggiorno nel centro di accoglienza²⁹.

Più in generale, occorre evidenziare come ancora di recente al centro di una serie cospicua di sentenze dei giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, anche non involgenti lo Stato italiano, vi siano stati i temi del diritto ad un ricorso effettivo, delle garanzie procedurali e dei poteri del giudice. In altri termini, del *quomodo* della tutela (giurisdizionale e non).

Quanto alla Corte Edu, si pensi – ad esempio – alla sentenza della Grande Camera nel caso *Muhammad e Muhammad c. Romania* (2020)³⁰, in tema di espulsione del migrante regolare e dei requisiti di trasparenza che debbono informare la procedura. O anche alla successiva sentenza della terza sezione nel caso *Monir Lotfy c. Cipro* (2021)³¹, dove il giudice di Strasburgo ha stigmatizzato l'arbitrarietà con cui una amministrazione aveva reiteratamente disposto la misura della detenzione amministrativa in assenza di quelli che secondo lo stesso giudice erano i presupposti necessari.

Quanto, invece, alla Corte di giustizia, si pensi ad esempio alla sentenza resa nel 2020 in relazione al caso *Milkiyas Addis*³², che aveva ad oggetto la possibilità di sopperire in sede giurisdizionale alla violazione – avvenuta in sede procedimentale – dell'obbligo di condurre un colloquio personale al soggetto richiedente protezione internazionale³³. Nonché, ancora prima, si

²⁸ Si v. spec. par. 122 e ss. della sentenza in parola.

²⁹ Si v. segnatamente parr. 197 - 199 della sentenza in esame.

³⁰ Corte Edu, Grande Camera, 15 ottobre 2020, *Muhammad e Muhammad c. Romania*, ric. 80982/12, per un commento alla quale v. F. L. GATTA, *Equo processo e espulsione dello straniero (regolare). La Grande Camera di Strasburgo delinea i diritti di trasparenza procedurale*, in *Adimblog.it.*, 2020.

³¹ Corte Edu, III sez., 29 giugno 2021, *Monir Lotfy c. Cipro*, ric. 37139/13, in ordine alla quale si v. L. BERNARDINI, *Cattiva fede delle autorità e onere della prova a carico del migrante: da Strasburgo una nuova decisione sulla detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Adimblog.it*, 2021.

³² Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2020, causa C-517/17, *Milkiyas Addis*, ECLI:EU:C:2020:579.

³³ Sul punto, la Corte di Lussemburgo ha innanzitutto evidenziato che «la direttiva procedure enuncia in modo inequivocabile l'obbligo di dare, al richiedente protezione internazionale, la facoltà di sostenere un colloquio personale prima che venga adottata una decisione sulla sua domanda» (par. 46) e che tale obbligo si applica anche alle decisioni di ammissibilità (par. 48). Pertanto, ha concluso la Corte all'esito di una articolata disamina, «gli articoli 14 e 34 della direttiva procedure devono essere interpretati nel senso che *ostano* a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dell'obbligo di dare al richie-

pensi alla pronuncia della Grande sezione nel caso *Torubarov*³⁴. Qui, infatti, la Corte – adita dal giudice *a quo* ungherese – ha stabilito che dal combinato disposto dell'art. 46, par. 3, direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure) e dell'art. 47 della Carta di Nizza discende che il giudice di prime cure, dopo un esame completo di tutti gli elementi presentati dal richiedente la protezione internazionale, se rileva che tale soggetto soddisfa i criteri previsti dalla direttiva qualifiche, riconosce egli stesso la protezione internazionale (i.e. sostituzione del giudice alla amministrazione). Inoltre, qualora a seguire l'amministrazione adotti un provvedimento di segno contrario in assenza di sopravvenienze, il giudice, nuovamente interpellato, ha – sempre secondo la Corte di Lussemburgo – il potere di riformare la decisione dell'autorità amministrativa³⁵. E tanto anche in costanza di una eventuale normativa nazionale che glielo impedisca, la quale – se del caso – dovrà essere disapplicata dallo stesso giudice *a quo*³⁶.

dente protezione internazionale la facoltà di sostenere un colloquio personale prima dell'adozione di una decisione di inammissibilità (...) non comporta l'annullamento di tale decisione e il rinvio della causa dinanzi all'autorità accertante, *a meno che* detta normativa consenta a tale richiedente, nell'ambito del procedimento di ricorso avverso la decisione di cui trattasi, di esporre di persona tutti i suoi argomenti contro detta decisione nel corso di un'audizione che rispetti le condizioni e le garanzie fondamentali applicabili, enunciate dall'articolo 15 di detta direttiva, e *a meno che* tali argomenti non siano atti a modificare la stessa decisione». Corsivo aggiunto.

³⁴ Corte di giustizia, sentenza del 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, ECLI:EU:C:2019:626

³⁵ Al par. 48 della sentenza in esame si legge infatti che «l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze, come quelle di cui al procedimento principale, in cui un giudice di primo grado ha constatato - dopo aver effettuato un esame completo ed *ex nunc* di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti presentati dal richiedente protezione internazionale - che, in applicazione dei criteri previsti dalla direttiva 2011/95, al richiedente in questione deve essere riconosciuta una simile protezione per il motivo che il medesimo invoca a sostegno della sua domanda, ma un organo amministrativo o quasi giurisdizionale adotta in seguito una decisione in senso contrario, senza dimostrare a tal fine la sopravvenienza di nuovi elementi che giustificano una nuova valutazione delle esigenze di protezione internazionale dello stesso richiedente, *il suddetto giudice deve riformare la summenzionata decisione non conforme alla propria precedente sentenza e sostituirla con la propria decisione quanto alla domanda di protezione internazionale*, disapplicando, se necessario, la normativa nazionale che gli vieti di procedere in tal senso». Corsivo aggiunto.

³⁶ In tema di disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione europea si v. G. TULUMELLO, *Disapplicazione* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, pp. 1986 ss. Più di recente, in tema si v. M. C. ROMANO, *Le fonti dell'ordinamento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 15 e spec. pp. 34 ss. Inoltre, specie con riguardo al dovere anche per la pubblica amministrazione di non applicare una siffatta norma, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Il provvedimento amministrativo naziona-*

Ebbene, il descritto orientamento dei giudici sovranazionali ha avuto – come anticipato – una significativa eco nella giurisprudenza amministrativa nazionale. A mero titolo esemplificativo – oltre ad una serie di sentenze che toccano i temi delle garanzie procedurali (*rectius*, procedurali), di cui si darà conto tra breve – sia qui sufficiente richiamare una sentenza del 2017 del Consiglio di Stato³⁷ con la quale la III sezione ha stigmatizzato l'ipotesi di mancata o per lo meno insufficiente istruttoria. Nella specie, in tale circostanza i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo il provvedimento con cui l'amministrazione procedente aveva deciso il trasferimento in Bulgaria di un cittadino afgano, fuggito dal suo Paese a causa della grave situazione politica in atto. E tanto in ragione del fatto che – a parere del collegio – detto provvedimento si fondava sulla sola presunzione che il soggetto richiedente asilo sarebbe stato trattato conformemente agli obblighi internazionali ed europei assunti dal Paese verso cui è disposto il trasferimento. Secondo il Consiglio di Stato infatti, così operando, l'amministrazione procedente avrebbe mancato di accertare che la misura dalla stessa disposta non equivalga, nella pratica, ad un respingimento, come tale vietato.

3. *Legislatore - amministrazione - giudice*

I casi da ultimo analizzati conducono il discorso a soffermarsi sul rapporto di triangolazione tra legislatore/amministrazione/giudice (amministrativo) e qui, in particolare, sul ruolo di supplenza che – si vedrà – è svolto proprio dal giudice³⁸. Vale a dire, quello che nelle prime pagine di questo lavoro è stato indicato essere il secondo filo rosso attorno al quale si è ritenuto di far ruotare la ricerca.

3.1. *Concetti giuridici indeterminati e ruolo di supplenza del giudice*

Al riguardo, occorre per prima cosa mettere in rilievo come sovente la legislazione nella materia *de qua* si connota per la presenza di concetti estremamente lati, quali – ad esempio – quelli di *ordine pubblico*, *sicurezza*

le in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale, Napoli, 2023, pp. 314 ss.

³⁷ Cons. Stato, III sez., 3 novembre 2017 n. 5085.

³⁸ Per completezza, occorre osservare come nella materia *de qua* dirimente nel senso indicato sia anche il ruolo del giudice ordinario. Sul punto, v. *amplius* F. V. VIRZÌ, *L'extra-territorialità nel diritto amministrativo. Una ricerca sulla regolazione delle attività oltre il territorio dello Stato*, Napoli, 2023, pp. 127 ss.

dello Stato o di *pericolosità sociale*. Concetti, dunque, che – ove non opportunamente perimetrati³⁹ – recano un grado di indeterminatezza tale da finire per lasciare in capo alla amministrazione procedente ampi margini di discrezionalità⁴⁰.

Il rischio tuttavia in questi casi è che provvedimenti a contenuto potenzialmente vincolato (i.e. un visto o un permesso di soggiorno) finiscano per essere qualificati come provvedimenti discrezionali nel senso più alto del termine⁴¹, con ciò inibendo o comunque riducendo sensibilmente il sindacato giurisdizionale sugli stessi.

È quanto emerso anche di recente in un caso portato all'attenzione del Tar Lazio e concernente il diniego di cittadinanza⁴². Qui infatti il collegio ha qualificato la concessione della cittadinanza *ex art. 9, comma 1, lett. f)* L. n. 91/1992 come un atto di alta amministrazione, nell'adozione del quale la pubblica amministrazione gode di ampia discrezionalità. Rispetto ad esso, pertanto, il Tar ha ritenuto ammissibile solamente «un sindacato *estrinseco* che, sebbene non si estenda al merito, comporta – e questo è già un temperamento rispetto alla pregressa, più rigorosa, giurisprudenza – un controllo sulla logicità e proporzionalità della motivazione, sulla sufficienza dell'istruttoria svolta e sul non travisamento dei fatti»⁴³.

Ecco allora che per riempire di contenuti i concetti di cui sopra i giudici nazionali ricorrono sovente allo strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia, attesi gli effetti propri delle sentenze emesse all'esito di tali rinvii⁴⁴.

Significativa in questo senso è – tra le molte – la pronuncia resa dai giudici di Lussemburgo in relazione al caso *Sèlina Affum c. Prefet du Pas de*

³⁹ In tema si v. A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 1, pp. 127 ss.

⁴⁰ Per completezza, si ricorda altresì come vi siano spazi della materia *de qua* dove tale discrezionalità risulta – per contro – eccessivamente compressa, ad esempio per ragioni di contenimento della spesa pubblica. In tema, si v. A. BERRETTINI, *Le procedure di affidamento dei centri di prima accoglienza e gli eccessivi vincoli alla discrezionalità delle stazioni appaltanti*, in L. SALVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, cit., pp. 197 ss. e spec. pp. 201-202.

⁴¹ In questo senso si v. ad esempio Cons. Stato, III sez., 17 dicembre 2020 n. 8133.

⁴² Il riferimento è a Tar Lazio, sez. I *ter*, 15 marzo 2022 n. 2928.

⁴³ Corsivo aggiunto. In termini, si v. anche Cons. Stato, III sez., 11 marzo 2016 n. 1874; Cons. Stato, III sez., 25 agosto 2016 n. 3696; Cons. Stato, III sez., 6 settembre 2016 n. 3819; Cons. Stato, III sez., 26 ottobre 2016 n. 4498.

⁴⁴ Sul punto si v. innanzitutto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2010, p. 347, nonché M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, p. 521. In giurisprudenza si v. – tra le molte, benché non riferita alla materia dell'immigrazione – Cons. Stato, VI sez., 18 novembre 2019 n. 7874.

*Calis*⁴⁵, dove il *thema decidendum* verteva sull'interpretazione del concetto di «soggiorno irregolare» di cui alla direttiva 2008/115/Ce⁴⁶, al fine di poter valutare la legittimità della misura della reclusione disposta nei confronti di un cittadino di un Paese terzo nei confronti del quale non sia stata ancora conclusa la procedura di rimpatrio prevista dalla medesima direttiva.

Il giudice amministrativo italiano, dal proprio canto, non sfugge all'instaurazione di un tale rapporto dialettico con la Corte di giustizia.

Ad esempio, nel 2018 il Tar Toscana⁴⁷ ha promosso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di veder chiarito se, ai sensi dell'art. 20, par., 4, direttiva 2013/33/UE, uno Stato membro possa disporre, nei confronti di un soggetto richiedente la protezione internazionale, la revoca della misura di accoglienza qualora detto soggetto violi norme generali dell'ordinamento non riprodotte nei regolamenti del centro di accoglienza in cui è ospitato ovvero ponga in essere una condotta che, pur astrattamente idonea a provocare turbative dell'ordine pubblico, non costituisca tuttavia un illecito penale (i.e. nella specie i ricorrenti avevano prelevato degli indumenti da un cassonetto adibito a raccolta di abiti usati).

Ancora, la III sezione del Consiglio di Stato nel 2020 ha adottato una ordinanza⁴⁸ con quale ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire in via pregiudiziale se l'art. 20, par. 4 e par. 5 della direttiva 2013/33 osti ad una normativa nazionale che preveda la revoca delle misure di accoglienza a carico del richiedente maggiorenne e non rientrante nella categoria "persone vulnerabili" nel caso in cui detto richiedente abbia posto in essere comportamenti violenti nei confronti di un pubblico ufficiale.

Accanto a casi – come quelli appena richiamati – in cui il giudice *a quo* invoca il conforto della (*rectius*, confronto con la) Corte di giustizia, non mancano poi casi in cui lo stesso giudice amministrativo autonomamente interpreta e talora “innova” la regola di diritto applicabile al caso sottoposto al suo sindacato⁴⁹.

⁴⁵ Segnatamente Corte di giustizia, sentenza del 7 giugno 2016, causa C-47/15, *Sélina Affum c. Prefet du Pas de Calais*, ECLI:EU:C:2016:408. Al riguardo, si v. A. BALSAMO, *La Corte di giustizia esclude la detenzione per l'ingresso irregolare di migranti in transito prima della conclusione della procedura di rimpatrio*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, p. 4, nonché le ampie considerazioni presenti in C. SARTORETTI, *Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia*, in *DPCE on line*, 2020, 1, pp. 1003 ss.

⁴⁶ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

⁴⁷ Tar Toscana, ord. 2018 n. 1481.

⁴⁸ Cons. Stato, III sez., ord., 30 dicembre 2020 n. 8540.

⁴⁹ In questo senso anche M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice*

È quanto si rinviene – ad esempio – in quell’orientamento giurisprudenziale incline ad attenuare gli automatismi espulsivi previsti dal T.U.I. bilanciando l’esistenza di precedenti penali con interessi altri, quali in particolare quelli connessi ai rapporti personali e ai legami familiari del migrante o, più in generale, con la tutela dei suoi diritti fondamentali⁵⁰.

Del pari, non mancano neppure casi in cui il giudice amministrativo si spinge fino a colmare le lacune dell’ordinamento, coniando nuovi (o parzialmente nuovi) istituti. Ne è un esempio una interessante pronuncia della III sezione del Consiglio di Stato del 2014⁵¹ che, in riforma della sentenza di primo grado⁵², ha ammesso il rilascio nei confronti dello straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale di un permesso di soggiorno atipico al fine di permettere alla persona in questione di accedere a cure mediche urgenti e/o salva-vita⁵³.

3.2. *Vizi procedurali, amministrazione “difensiva” e giudice amministrativo*

Un analogo ruolo di supplenza è poi giocato dalla giurisprudenza amministrativa anche nei riguardi dell’amministrazione, per sopperire tanto a decisioni illegittime quanto – e forse soprattutto – all’inerzia o ad un *modus agendi* di stampo difensivo.

Il pensiero corre qui innanzitutto a quei casi in cui il giudice si cimenta in un esame quanto più possibile approfondito della vicenda da cui origina il giudizio, andando «al di là, quindi, della mera e sbrigativa “caccia” al vizio formale e all’errore procedimentale»⁵⁴ (il c.d. giudizio sul rapporto). Si veda, ad esempio, la nutrita serie di sentenze del Consiglio di Stato in tema

amministrativo, cit., p. 19 e più di recente A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo “inventore” del diritto*, cit., pp. 225 ss. Più in generale, in tema si v. P.L. PORTALURI, *La cambiale di Fortstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, *passim*.

⁵⁰ Tra le molte, si v. Cons. Stato, III sez., 25 settembre 2015 n. 5349; Cons. Stato, III sez., 22 maggio 2017 n. 2382; Cons. Stato, III sez., 23 maggio 2017 n. 2391.

⁵¹ Il riferimento è a Cons. Stato, III sez., 27 ottobre 2014 n. 5328.

⁵² Segnatamente, si trattava di Tar Toscana, II sez., 5 luglio 2013 n. 1052.

⁵³ In tema, si v. *amplius* A. CIOFFI, *Motivi umanitari e permesso di soggiorno. A proposito del principio di humanitas*, in L. SAVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, cit., pp.135 ss., nonché con riguardo alla connessa – benché diversa e più ampia – questione del diritto alla salute del migrante irregolare si v. G. VOSA, *“Cure essenziali”*. *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall’auto determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto pubblico*, 2016, 1, pp. 721 ss.

⁵⁴ Così M. NOCCELLI, *Il diritto dell’immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 16.

di diniego o mancato rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni legate al reddito del migrante, dove il collegio tende ad offrire soluzioni improntate al canone di ragionevolezza, valorizzando gli elementi della fattispecie che paiono deporre in senso favorevole per il migrante⁵⁵.

Ancora, si vedano quei casi in cui la componente c.d. conformativa della sentenza di annullamento⁵⁶ è particolarmente valorizzata, tanto da indicare chiaramente alla amministrazione la strada da seguire nel successivo ri-esercizio del potere.

In tale senso, un esempio interessante si rintraccia in una recente sentenza del Tar Toscana in tema di revoca di misure assistenziali per i richiedenti asilo⁵⁷. Qui il collegio ha sottolineato come, in ossequio al principio di proporzionalità, la misura sanzionatoria adottata dalla amministrazione deve essere parametrata alla gravità della condotta tenuta dallo straniero. Pertanto, nel caso di specie, il Tar ha ritenuto di valorizzare la possibilità per l'amministrazione di adottare, in luogo della revoca, misure produttive di effetti meno gravosi per il richiedente, quali – ad esempio – la sua collocazione in una parte separata del centro o il trasferimento in un diverso centro di accoglienza.

Un altro esempio parimenti interessante si rinviene in una pronuncia del Consiglio di Stato del 2020⁵⁸, con la quale il collegio si è espresso nel senso della illegittimità del diniego di conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, laddove l'amministrazione precedente non offra adeguata motivazione del diniego medesimo.

In senso analogo, più di recente, il Tar Piemonte⁵⁹ ha affermato innanzitutto che colui il quale arriva in Italia da minorenni al compimento della maggiore età può ottenere il rilascio di un titolo di soggiorno per attesa occupazione, anche a prescindere dal previo conseguimento del permesso per minori. E in secondo luogo che, a fronte una siffatta richiesta di conversione, l'amministrazione precedente è tenuta ad applicare l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza al fine di non

⁵⁵ Tra le molte, Cons. Stato, III sez., 11 settembre 2014 n. 4652; Cons. Stato, III sez., 15 gennaio 2015 n. 117; Cons. Stato, III sez., 30 maggio 2016 n. 2266; Cons. Stato, III sez., 14 febbraio 2017 n. 651.

⁵⁶ In tema si v. – per tutti – A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2010, *passim* e più di recente S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019, pp. 75 ss.

⁵⁷ Si tratta della sentenza Tar Toscana, Firenze, 6 maggio 2020 n. 540.

⁵⁸ Il riferimento è a Cons. Stato, III sez., 17 dicembre 2020 n. 8132.

⁵⁹ Il riferimento è nello specifico alla sentenza Tar Piemonte, Torino, I sez., 5 maggio 2022 n. 424, in ordine alla quale si v. L. PERGOLIZZI, *Il procedimento di conversione del permesso di soggiorno per minore età in altro titolo di soggiorno*, in *Adimblog.it.*, 2022.

dare luogo ad una ingiustificata violazione del diritto di partecipazione dell'istante⁶⁰.

A tale ultimo proposito, vale peraltro la pena sottolineare ancora una volta come – anche sulla scia dell'influenza della giurisprudenza sovranazionale richiamata nelle pagine che precedono – la valorizzazione dei diritti procedurali dell'istante costituisca oramai un punto fermo nella giurisprudenza amministrativa in materia migratoria. *Ad abundantiam*, si richiama una sentenza del Consiglio di Stato del 2020⁶¹ in cui il collegio ha stigmatizzato il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione e, in riforma della sentenza di primo grado, l'ha condannata al pagamento delle spese processuali. Secondo il collegio, infatti, la mole di lavoro gravante sulla amministrazione non può ragionevolmente rappresentare una “grave ed eccezionale ragione” tale da giustificare la compensazione delle spese. Ciò in quanto – si legge nella sentenza – la cattiva organizzazione amministrativa non può essere fatta «gravare sul ricorrente e costituire titolo per pregiudicarlo».

Da ultimo, non meno interessante è la giurisprudenza che si pronuncia su casi di inerzia e finanche di amministrazione c.d. difensiva⁶².

Al riguardo, particolarmente significativa sembra essere una sentenza con cui il Tar Marche nel 2021 ha condannato la questura di Ancona a provvedere sull'istanza di rilascio di permesso di soggiorno per motivi di calamità naturali⁶³. In questo modo la sezione ha esortato l'amministrazione a fare applicazione dell'art. 20 *bis* d.lgs. n. 286/1998 come modificato dal d.l. n. 130/2020 (che, per l'appunto, aveva introdotto la nuova categoria del permesso di soggiorno per motivi di calamità naturale⁶⁴), pur non avendo ancora completato l'istruttoria (i.e. mancato invio di

⁶⁰ L'applicabilità dell'istituto in parola nei procedimenti in materia di rilascio del permesso di soggiorno era già stata affermata, ad esempio, da Cons. Stato, III sez., 26 giugno 2019 n. 4414.

⁶¹ Vale a dire Cons. Stato, III sez., 28 maggio 2020 n. 3377, per un commento alla quale si v. L. PERGOLIZZI, *La rilevanza del termine di conclusione del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana*, in *Adimblog*, 2020.

⁶² In argomento sia consentito rinviare nuovamente a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, cit., pp. 155 ss.

⁶³ Segnatamente, si tratta della sentenza Tar Marche, Ancona, I sez., 6 dicembre 2021 n. 839, per un commento alla quale v. A. LAZZARO, *Permesso di soggiorno per calamità naturali e ingiustificata inerzia dell'amministrazione*, in *Adimblog.it*, 2022.

⁶⁴ Più in generale, sul tema della tutela dei c.d. migranti ambientali si v. F. PERRINI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo ed i migranti ambientali: una categoria dimenticata?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 2, pp. 245 ss.; Id., *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 2, pp. 349 ss.

informazioni da parte dell'Ambasciata di Albania). Ciò in quanto – ha evidenziato il collegio nella sentenza in parola – «il ritardo dell'amministrazione nell'avviare l'istruttoria e quindi nel provvedere non risulta sorretto da alcuna ragione giustificativa ed è tale da integrare una ipotesi di silenzio inadempimento».

Ancora, in tema di conversione di un permesso di soggiorno – in questo caso da permesso per protezione speciale in permesso di soggiorno per motivi di lavoro – il Tar Veneto nel 2022 ha annullato il diniego opposto dalla questura di Padova, censurandone l'approccio c.d. difensivo⁶⁵. L'amministrazione precedente, infatti, aveva fondato la propria decisione su una interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 6, comma 1, T.U.I. – secondo cui il permesso di soggiorno per protezione speciale potrebbe essere convertito in permesso per motivi di lavoro solo se rilasciato dal Questore su richiesta della Commissione territoriale nell'ambito della procedura di decisione sull'istanza di protezione internazionale *ex art.* 32, comma 3, d. lgs. n. 25/2008 – ritenuta non condivisibile dal giudice amministrativo in quanto foriera di dare luogo ad una ingiustificata discriminazione *ex art.* 3 Cost.

4. *La tutela del migrante tra legalità formale e legalità sostanziale*

Provando a tirare le fila di quanto sin qui osservato, vale la pena sottolineare nuovamente come – a fronte dell'esigenza di assicurare la tutela dei migranti – molti istituti del diritto amministrativo, sia sostanziale sia processuale, finiscano per essere messi costantemente alla prova, con ciò arrivando talora anche a conoscere degli aggiustamenti se non addirittura delle più significative trasformazioni.

Al riguardo, tra i diversi aspetti presi in considerazione nelle pagine che precedono, uno sembra spiccare su tutti: il ruolo del sindacato del giudice amministrativo.

Da tutto quanto precede, infatti, emerge chiaramente come – forte anche delle indicazioni provenienti da Lussemburgo e da Strasburgo – la giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione finisca per assumere una caratura massimamente compensativa. Tanto dei vuoti lasciati aperti dal legislatore, quanto dell'agire illegittimo, inerte e finanche difensivo dell'amministrazione.

Si coglie così plasticamente, allora, quella torsione nell'equilibrio tra i poteri dello Stato altrove già messa in rilievo nei suoi termini più generali⁶⁶.

⁶⁵ Tar Veneto, Venezia, III sez., 28 novembre 2022 n. 1812.

⁶⁶ Sia consentito rinviare nuovamente a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere?*, A

Volendo ulteriormente esemplificare: la Commissione europea nel 2018 ha aperto un *pilot* nei confronti dello Stato italiano concernente l'implementazione dell'art. 46, par. 1, lett. b) della direttiva 2013/32/UE, recante *Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, da parte del nostro legislatore. Secondo i servizi della Commissione europea la legislazione italiana (i.e. d.lgs. n. 25/2008) non garantirebbe il diritto ad un ricorso effettivo in caso di rifiuto dell'amministrazione procedente di riaprire l'esame di una domanda per l'ottenimento della protezione internazionale dopo la sua sospensione.

Ancora, nel 2021 sono stati aperti altri due *pilot* nei confronti del nostro Paese, uno dei quali concerne l'interpretazione del concetto di "rischio di fuga" offerta dal nostro legislatore ai fini della disciplina del trattamento dello straniero⁶⁷.

In tutte queste ipotesi si tratta di questioni che – allo stato – non hanno ricevuto ancora idonea risposta da parte del legislatore. Dal che, inevitabili riflessi sull'azione dell'amministrazione, la quale finisce per trovarsi ad operare in un contesto normativo connotato, non solo da una elevata complessità, ma anche da una rimarchevole incertezza⁶⁸.

Non stupisce dunque che *parallelamente* al o, per meglio dire, *in conseguenza del* divampare del fenomeno migratorio si sia assistito anche al significativo incremento del contenzioso instaurato, su questa materia, dinanzi al giudice amministrativo⁶⁹.

Come osservato già alcuni anni fa da autorevole dottrina, infatti, quello dei diritti dei migranti è uno dei settori della vita sociale in cui «di fronte alla mancanza o alla debolezza delle risposte politiche, legislative o di governo, la giurisdizione è diventata il luogo legittimamente prescelto dai [singoli] per far sentire la loro voce, rendere visibili e percepibili i loro diritti e soprattutto farli valere»⁷⁰. Ovviamente – occorre aggiungere – sempre ammesso che i singoli (i.e. i migranti) abbiano la concreta possibilità di accedere alla giustizia⁷¹.

proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione, cit., pp. 155 ss. e alla bibliografia ivi citata.

⁶⁷ EU pilot rif. n. EUP(2021)9851.

⁶⁸ In proposito, si v. A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, cit., p. 242, dove l'A. osserva che «nel medio lungo periodo, la scelta della regola più adeguata non può dipendere dai giudici, ma va necessariamente riservata al legislatore».

⁶⁹ Dà conto di ciò A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 816 ss.

⁷⁰ Così L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, 2013, pp. 238 ss.

⁷¹ Sul punto sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, cit., pp. 278 ss.

I dati lo comprovano. A mero titolo esemplificativo, sia qui sufficiente ricordare che nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2018 il Presidente del Tar Brescia sottolineava come nel 2017, delle 1205 controversie instaurate presso tale tribunale, ben 455 – vale a dire il 38% – avessero avuto ad oggetto la materia dell'immigrazione.

Rispetto ad una tale mole di contenzioso, in gran parte dei casi il giudice amministrativo – si è visto – finisce per assumere decisioni improntate ad un canone di ragionevolezza, al fine di individuare un punto di equilibrio tra le ragioni dell'ordine pubblico o di sicurezza dello Stato e la garanzia dei diritti fondamentali dei migranti⁷². E, più in generale, per ricordare interessi tra di loro – almeno astrattamente – anche molto distanti⁷³.

Non di meno, in questa continua tensione tra legalità formale e legalità sostanziale, la tutela che l'ordinamento amministrativo (nel suo complesso) appresta nei riguardi dei migranti, oltre ad essere confinata alla fase patologica, reca inevitabilmente il limite di un certo grado aleatorietà che allontana la tutela stessa dall'obiettivo della pienezza e della effettività⁷⁴.

Ora, se è vero – come il già Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini sottolineava nel suo discorso di insediamento – che compito del giudice amministrativo è quello di «interpretare il presente» e le sfide che questo pone⁷⁵, compresa ovviamente quella della tutela dei migranti, non può farsi a meno di sottolineare come sia altrettanto vero che tale compito sarebbe più facilmente assolto dallo stesso giudice se anche l'amministrazione e soprattutto il legislatore contribuissero per la loro parte⁷⁶.

⁷² Si v. nuovamente M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 16.

⁷³ Su tale attitudine del giudice amministrativo si v. specialmente R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2014, 4, pp. 652 ss.

⁷⁴ Sul punto, si v. le considerazioni di A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, cit., 238 ss. il quale, pur circoscrivendo la preoccupazione per il c.d. creazionismo giurisprudenziale, evidenzia tuttavia come «il vero problema sotteso all'attività di integrazione della norma [possa] essere sintetizzato nella necessità di rendere esplicito il criterio sulla base del quale si è ritenuto di dare una certa tipizzazione, di stabilire una data soglia di valore o di rinvenire in un dato principio il *trait d'union* fra la situazione regolata e quella ricadente in un'ipotizzata lacuna».

⁷⁵ Liberamente consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ Di analogo avviso, specie per ciò che concerne il ruolo del legislatore, sembra essere A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, cit., spec. pp. 241 ss.

ABSTRACT

The protection of migrants between procedure and administrative process

This paper analyses the protection of migrants' rights within the framework of administrative procedures and legal proceedings in Italy. The study examines the growing influence of European and international law on the Italian administrative legal system, particularly concerning the protection of fundamental rights and access to justice for migrants. The paper also explores the role of administrative courts in ensuring effective protection for migrants, highlighting their function in compensating for legislative gaps and addressing potential shortcomings in administrative actions. The analysis emphasizes the importance of procedural safeguards and access to legal aid for migrants, as well as the need for a multi-level system of protection that balances national interests with international human rights standards.

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

*Francesco Martines **

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della disciplina del patrocinio gratuito a spese dello Stato. – 1.1. Dal patrocinio gratuito per i poveri alla prima forma di patrocinio a spese dello Stato nei giudizi in materia di lavoro, di previdenza e di assistenza obbligatorie (L. 11 agosto 1973 n. 533). – 1.2. L'estensione del beneficio nelle controversie in tema responsabilità civile dei magistrati (L. 13 aprile 1988 n. 117). – 1.3. L'assistenza giudiziaria ai non abbienti nel processo penale e nei giudizi civili per il risarcimento dei danni e le restituzioni derivanti da reato (L. 30 luglio 1990 n. 217). – 2. La riforma dell'istituto introdotta con la L. 29 marzo 2001 n. 134 e il D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (TUSG). – 3. Il diritto di accesso degli stranieri al beneficio del patrocinio a spese dello Stato ai sensi del TUSG. – 4. Gli oneri documentali a carico dello straniero che richiede di accedere al patrocinio a spese dello Stato. – 5. Conclusioni.

1. L'evoluzione della disciplina del patrocinio gratuito a spese dello Stato

L'art. 24 della Costituzione repubblicana, dopo avere riconosciuto che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa.

La norma pone senza dubbio uno dei “principi supremi dell'ordinamento”, nel senso indicato dalla Corte Costituzionale (C. Cost.) nella nota sentenza n. 15-29 dicembre 1988, n. 1146¹.

In nome del canone di effettività, l'art. 24, terzo comma, Cost. stabili-

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina.

¹ La C. Cost. riconosce che la Costituzione contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale e che operano come «limiti assoluti al potere di revisione costituzionale» in quanto «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

In dottrina, sul tema dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1995, pp. 153 ss.; più recentemente, A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2018, pp. 1 ss; M. LADU, *Oltre l'intangibilità dei principi fondamentali: la revisione “silenziosa” dell'art. 9 Cost.*, in *Federalismi.it*, 2023, pp. 39 ss.

La C. Cost., con sentenza 238/2014, ha precisato che «fra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale vi è il diritto di agire e di resistere in giudizio a difesa dei propri diritti riconosciuto dall'art. 24 Cost.».

sce inoltre che l'ordinamento deve assicurare ai «non abbienti», con appositi istituti, i mezzi per esercitare il diritto di difesa in ogni stato e grado della giurisdizione.

L'attuazione del diritto di accesso agli istituti di patrocinio per i non abbienti costituisce un nodo cruciale della tutela dei diritti degli stranieri che giungono nel territorio italiano per sfuggire a situazioni di pericolo e/o difficoltà economiche del paese di origine.

Sebbene in misura inferiore ad anni precedenti, come è noto, i flussi migratori verso l'Europa attraverso l'Italia continuano a rimanere una realtà di dimensioni molto significative e, giocoforza, l'approntamento da parte del nostro ordinamento di sistemi idonei ad assicurare la garanzia dei diritti fondamentali per i migranti costituisce un impegno primario al quale il Paese non può sottrarsi.

Non vi è dubbio, infatti, che – in ossequio al principio di uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 Cost. – il diritto di difesa attraverso il ricorso al patrocinio a spese dello Stato debba essere riconosciuto anche a coloro che non sono cittadini italiani o europei e che soggiornano, regolarmente o irregolarmente, nel territorio italiano².

1.1. *Dal patrocinio gratuito per i poveri alla prima forma di patrocinio a spese dello Stato nei giudizi in materia di lavoro, di previdenza e di assistenza obbligatorie (L. 11 agosto 1973 n. 533)*

Dopo le esperienze costituzionali liberale e fascista (R.D.L. 3282/1923³), la prima risposta che la legge italiana ha dato per attuare quanto previsto dalla Costituzione repubblicana sul patrocinio gratuito per i non abbienti è contenuta nella L. 11 agosto 1973 n. 533 recante la disci-

² Sul tema, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 25 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1992, pp. 203 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo Straniero*, Padova, 2001, pp. 82 ss.; E. GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, pp. 158 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali: l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, pp. 108 ss.

³ Il R.D. 3282/1923 – che peraltro riproponeva l'impostazione regolatoria contenuta nel R.D. 6 dicembre 1865 n. 2627 (a sua volta influenzato da una legge francese del 1851) – si fondava sul principio che il patrocinio dei «poveri» fosse un «ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati e dei procuratori» (art. 1) precisando tuttavia che l'obbligatorietà della prestazione onorifica non potesse essere comunque richiesta al legale che avesse rinunciato all'incarico professionale (art. 32). Per una ricostruzione della disciplina risalente al R.D. 3282/1923, G. REPETTO, voce *Assistenza giudiziaria ai non abbienti. I) Diritto costituzionale, Aggiornamento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2006, pp. 2 ss.

plina delle controversie individuali di lavoro e in materia di previdenza e assistenza obbligatorie.

La L. 533/1973 (anche se applicabile soltanto al processo del lavoro) introdusse un nuovo sistema di tutela del diritto di difesa dei non abbienti, profondamente innovativo rispetto alle previsioni del 1923, basato sul definitivo superamento dell'idea di *munus onorificum* dell'istituto, ossia il superamento della concezione del patrocinio dei non abbienti come ufficio onorifico ed obbligatorio, gratuitamente assicurato dal difensore.

Seguendo l'esempio di altri ordinamenti europei, il legislatore del 1973 accolse il "principio della remunerazione del mandato professionale" attraverso l'assunzione da parte dello Stato di tutte le spese necessarie per lo svolgimento del procedimento e il pagamento dei diritti, competenze ed onorari del difensore sulla base delle ordinarie tariffe professionali.

In concreto, le novità introdotte dalla L. 533/1973 rispetto al sistema del 1923 sono legate a quattro aspetti fondamentali:

- ai fini dell'accesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato non era più richiesto un accertamento (per vero molto discrezionale) sullo "stato di povertà" del soggetto quanto piuttosto una situazione di "non abbienza" stabilita dal legislatore in virtù di un criterio oggettivo, costituito dal possesso di un reddito annuo non superiore ad un certo ammontare;
- al requisito della "probabilità dell'esito favorevole della causa" (previsto dalla disciplina del 1923) veniva sostituito il requisito della non manifesta infondatezza della pretesa da azionare;
- la competenza a valutare l'istanza di ammissione al gratuito patrocinio veniva affidata direttamente al Giudice, anziché a commissioni territoriali;
- il difensore veniva fiduciarmente indicato dall'istante e non individuato dal Giudice.

Per varie ragioni, legate soprattutto al ruolo centrale assunto dai sindacati e dagli enti di patronato nell'ambito della consulenza ai lavoratori e alle lavoratrici, l'istituto regolato dalla L. 533/1973 ha avuto scarsa applicazione, pur dovendosi riconoscere alla suddetta regolazione il merito di aver (seppure limitatamente al rito processuale del lavoro) riportato l'ordinamento italiano ad un livello di parità rispetto agli altri paesi occidentali, nei quali negli anni '70 si registrarono profonde riformulazioni legislative in materia di assistenza gratuita ai non abbienti, consentendo così all'Italia di adeguarsi ai principi sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950⁴.

⁴ Sull'istituto regolato dalla L. 533/1973, G.C. PERONE, *Gratuità del giudizio e patrocinio a spese dello Stato (controversie di lavoro)*, in *Nuovissimo Digesto italiano, appendice III*, Torino, 1982, pp. 1110 ss.

In questa prospettiva, non può non segnalarsi che il primo caso in assoluto in cui l'Italia è stata chiamata in giudizio dinanzi la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), nel 1974, riguardava proprio una lesione del diritto di accesso alla giustizia; il ricorrente – rispetto alla regolazione del patrocinio gratuito nei processi penali, all'epoca ancora disciplinata dal R.D. 3282/1923 – lamentava la circostanza che l'ordinamento non garantisse l'effettività del diritto di difesa in quanto la disciplina all'epoca vigente consentiva al legale di rifiutarsi di rappresentare l'imputato adducendo motivi inerenti l'eccessivo carico di lavoro, ragioni personali, ecc. (di fatto insindacabili)⁵.

1.2. *L'estensione del beneficio nelle controversie in tema responsabilità civile dei magistrati (L. 13 aprile 1988 n. 117)*

Un secondo intervento, ancorché non riguardante in generale tutti i procedimenti giurisdizionali, si è registrato a opera della L. 13 aprile 1988 n. 117, in tema di controversie per l'accertamento della responsabilità civile dei magistrati.

Ai sensi dell'art. 15 della legge (abrogato anch'esso a seguito dell'entrata in vigore del D.P.R. 115/2002) veniva riconosciuto il diritto di accesso al patrocinio gratuito dei non abbienti nei procedimenti civili contro lo Stato per il risarcimento dei danni derivanti dall'operato dei magistrati; richiamando espressamente il modello della L. 533/1973, la norma si limitava a prevedere la possibilità di gratuità del giudizio e di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, senza peraltro specificare ulteriormente in cosa consistesse detto istituto.

Alcune differenze rispetto alla disciplina del 1973 erano riscontrabili: la L. 117/1988 – ai fini dell'ammissibilità al beneficio del patrocinio a spese dello Stato – sembrava prescrivere esclusivamente il limite reddituale (individuato in un «reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione dei redditi presentata inferiore a lire dieci milioni» e riconosciuto *ipso iure* per tutti coloro che non fossero tenuti alla presentazione della dichiarazione dei redditi), prescindendo da ogni valutazione sulla fondatezza o meno della pretesa vantata dall'istante⁶.

⁵ La Corte EDU ha deciso il ricorso (ric. 6694/1974) con sentenza 13 maggio 1980 evidenziando che «La Convenzione mira a garantire non diritti teorici o illusori, ma diritti concreti ed effettivi; ciò vale in particolare per i diritti della difesa, visto il posto preminente occupato in una società democratica dal diritto a un processo equo, da cui essi derivano».

⁶ In dottrina si osservava peraltro che, sebbene nella norma si facesse espressamente riferimento soltanto al requisito reddituale, per la concessione del beneficio fosse necessario, sulla base del rinvio alla L. 533/1973, che la parte richiedente dimostrasse che le proprie ragioni non fossero manifestamente infondate (A. GIUSTI, *Il patrocinio a spese dello Stato*

La L. 117/1988 rappresenta un altro importante tassello nel percorso di attuazione della norma costituzionale sul diritto di difesa dei non abbienti; tuttavia, come osservato anche in dottrina, si è trattato di un «*episodio normativo isolato, non in grado di fornire segnali di una ripresa di attenzione al problema della introduzione in via generale dell'istituto*»⁷.

1.3. *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti nel processo penale e nei giudizi civili per il risarcimento dei danni e le restituzioni derivanti da reato (L. 30 luglio 1990 n. 217)*

Nel 1990, la Corte EDU condannò lo Stato italiano per l'inefficienza del sistema di assistenza giudiziaria ai non abbienti⁸. Il legislatore si trovò così impegnato nel compito di individuare una risposta efficace a tale domanda di tutela. Abbandonando la possibile via della istituzione di uffici pubblici per il patrocinio dei non abbienti⁹, il legislatore ha previsto il patrocinio a spese dello Stato nel processo penale (ordinario, militare e minore) e in quello civile per il risarcimento dei danni e le restituzioni derivanti da reato. L'istituto è stato regolato con la L. 30 luglio 1990 n. 217 (integrata da un successivo regolamento approvato con D.M. 30 novembre 1990, n. 327).

Fino all'entrata in vigore della L. 217/1990, la procedura applicabile nei casi in cui il non abbiente doveva fare ricorso alla giustizia penale era quella prevista dall'ormai obsoleto istituto del gratuito patrocinio disciplinato dal R.D. del 1923.

Con l'introduzione delle norme della L. 217/1990, il campo di applicazione dell'istituto del gratuito patrocinio si andava sempre più riducendo a vantaggio del nuovo istituto del patrocinio a spese dello Stato¹⁰.

Il percorso per giungere alla soluzione individuata nella L. 217/1990 è stato travagliato. Infatti, si discusse lungamente della possibilità di istituire degli uffici pubblici di assistenza (con avvocati dipendenti della pubblica amministrazione) destinati a svolgere la loro attività, in via stabile, a favore dei non abbienti; in alternativa, si era profilata la soluzione di mutuare il sistema già individuato nella L. 533/1973, attribuendo il compito di difesa ai liberi professionisti, i cui onorari sarebbero stati remunerati dallo Stato.

Il dibattito non fu sufficientemente ampio ed approfondito per vagliare

nella nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati, in Giurisprudenza italiana, II, 1989, p. 392).

⁷ A. GIUSTI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, cit., p. 392.

⁸ Corte EDU, 13 maggio 1980, *Caso Artico*, in *Foro it.*, 1980, IV, p. 141.

⁹ Su tale scelta ha certamente pesato la tenace opposizione della classe forense.

¹⁰ F. CIPRIANI, *Il patrocinio dei non abbienti in Italia*, in *Foro italiano*, 1994, V, p. 84.

anche la possibilità di una soluzione mediana che integrasse i due modelli (peraltro, già praticata con successo in altri ordinamenti).

Sul ricorso a soluzioni diverse da quella poi concretamente introdotta si riscontrava la pressione forte della *lobby* degli avvocati del libero foro (numericamente molto rappresentata in Parlamento), interessati a non perdere un'opportunità per la classe forense.

Sul piano dei requisiti per l'accesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, la L. 217/1990 individuava una soluzione diversificata a seconda che il patrocinio si svolgesse nel processo penale o nel rito civile (nei casi in cui era ammesso):

- nei processi penali le condizioni per l'ammissione al patrocinio riguardavano esclusivamente il reddito dell'interessato, prevedendo un tetto reddituale massimo pari a dieci milioni di lire (art. 3, primo comma);

- invece, nel processo civile, veniva introdotta quale ulteriore condizione per l'ammissione al patrocinio la non manifesta infondatezza delle ragioni del non abbiente (art. 1, secondo comma).

La competenza a disporre l'ammissione al patrocinio veniva affidata al Giudice penale oppure al Giudice della controversia in sede civile.

L'istanza di ammissione al patrocinio, redatta in carta semplice, doveva essere sottoscritta, a pena d'inammissibilità, dall'interessato ed autenticata dal difensore designato ovvero dal funzionario che la riceveva e poteva essere presentata in ogni stato e grado del procedimento.

Nell'istanza il richiedente doveva operare l'autocertificazione della sussistenza delle condizioni reddituali previste per l'ammissione al beneficio.

Tale autodichiarazione svolgeva una doppia funzione: da una parte consentire al Giudice la decisione sull'istanza senza dover ricorrere ad una previa istruzione; dall'altra porre le basi per il controllo amministrativo successivo al decreto di ammissione.

Si noti che con la L. 217/1990, per la prima volta, è stato inserito un espresso riferimento all'accessibilità al beneficio del patrocinio a spese dello Stato da parte degli stranieri e apolidi; l'art. 1, sesto comma, infatti, stabiliva che «il trattamento riservato dalla presente legge al cittadino italiano è assicurato altresì allo straniero e all'apolide residente nello Stato».

Sempre con riguardo alla posizione degli stranieri, poi, l'art. 5, terzo comma, stabiliva che lo straniero, unitamente alla autocertificazione relativa ai redditi, dovesse presentare anche una attestazione dell'autorità consolare competente dalla quale risultasse che «per quanto a conoscenza della predetta autorità, la suddetta autocertificazione non è mendace». La mancanza di tale attestazione, ai sensi del successivo sesto comma, determinava l'inammissibilità dell'istanza.

Sin dall'introduzione di questa disciplina riguardante gli stranieri, si è

posto un dubbio interpretativo legato al possesso del requisito della residenza richiesto dall'art. 1, sesto comma, della L. 217/1990. In particolare non risultava chiaro se tale requisito fosse da ritenersi necessario esclusivamente per gli apolidi o fosse da estendersi anche agli stranieri. La differenza, dal punto di vista pratico, non era di poco conto giacché la maggior parte degli stranieri che avrebbero potuto ambire al beneficio del patrocinio per i "non abbienti" introdotto dalla legge era rappresentato da "stranieri irregolari", giunti sul territorio italiano nell'ambito di flussi migratori e, dunque, privi del requisito della residenza.

La dottrina era divisa sull'interpretazione da dare alla formula, per vero non chiara, della disposizione¹¹.

Si ritiene che l'interpretazione più condivisibile fosse comunque quella che esclude per gli stranieri la necessità del requisito della residenza in coerenza con i principi fondamentali della Costituzione (artt. 24 e 3 Cost.) oltre che con il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (introdotto in Italia con la legge di ratifica ed esecuzione del 25 ottobre 1977 n. 881) e soprattutto con la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU, ratificata in Italia con L. 4 agosto 1955 n. 848).

Il Patto (art. 14, comma 3, lett. d), infatti, prevede il diritto di «*toute personne accusée d'une infraction pénale ... à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer*»; mentre la CEDU (art. 6, comma terzo) attribuisce a «*tout accusé*» il diritto «*s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur*» di «*être assisté*

¹¹ A favore di una interpretazione restrittiva, che limitasse il riferimento alla residenza soltanto agli apolidi, A. ALGOSTINO, *Il diritto alla difesa dello straniero non abbiente: una legislazione incerta e inadeguata ai nuovi flussi migratori*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1996, p. 322, che sottolinea come questa sia l'unica interpretazione coerente con i principi fondamentali indicati dagli artt. 3 e 24, terzo comma, della Costituzione che riconoscono come diritto inviolabile la difesa, anche per coloro che non potendone affrontare i costi devono potere avvalersi degli istituti che assicurano il patrocinio gratuito per i non abbienti.

Di contrario avviso, invece, altra parte dei commentatori della L. 217/1990 che facevano riferimento ad un'interpretazione letterale dell'art. 1, comma sesto, nella parte in cui utilizza la congiunzione "e" fra i due termini "straniero" e "apolide" nonché ad un'interpretazione logica basata sulla considerazione che nel testo dei lavori preparatori della legge si fa espresso riferimento all'art. 23 delle preleggi (secondo il quale «se una persona non ha cittadinanza, si applica la legge del luogo dove risiede...»), dal quale si dovrebbe inferire che la residenza sia richiesta per gli stranieri, visto che per gli apolidi è già prevista in via generale (P.A. AIROLDI, *La difesa dei non abbienti nel nuovo processo penale*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 240).

gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent».

Sull'interpretazione delle disposizioni sull'accesso da parte degli stranieri al beneficio del patrocinio a spese dello Stato si è posto un altro dubbio rilevante dal punto di vista applicativo. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, della L. 217/1990, lo straniero – oltre all'autocertificazione sul requisito reddituale – doveva allegare una «attestazione dell'autorità consolare competente dalla quale risulti che, per quanto a conoscenza della predetta autorità, la suddetta certificazione non è mendace».

Con ordinanza del 1° dicembre 1994 il Giudice per le indagini preliminari (G.i.p.) presso il Tribunale di Roma – nell'ambito di un processo che vedeva imputato un cittadino colombiano che aveva presentato istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato – sollevava questione di legittimità costituzionale (con riferimento all'art. 3 Cost.) dell'art. 1, comma 6, della L. 217/1990 nella parte in cui si stabiliva che il trattamento riservato dalla medesima legge al cittadino italiano si estendesse anche allo straniero; il dubbio di costituzionalità si incentrava sulla considerazione che il parametro reddituale fissato dalla legge per l'accesso al beneficio per i “non abbienti” fosse stato individuato dal legislatore sulla base delle generali condizioni di vita in Italia; detto parametro, quindi, secondo il Giudice *a quo* non avrebbe potuto considerarsi trasferibile *sic et simpliciter* ai cittadini stranieri che vivono e producono reddito nelle rispettive nazioni. In altri termini, la generalizzata applicabilità agli stranieri della disciplina censurata genererebbe la conseguenza che il limite reddituale (funzionale ad individuare la fascia dei non abbienti) risulterebbe privo di ragion d'essere per quanti risiedono in paesi a più basso tenore di vita, ove quel reddito individua situazioni di benessere, se non, addirittura, di ricchezza.

Il G.i.p. di Roma poneva anche un ulteriore dubbio di legittimità costituzionale, sempre in riferimento all'art. 3 Cost., sostenendo che - a differenza del caso dell'istanza proposta da un cittadino italiano - vi fosse un'oggettiva impossibilità di controllo, da parte dello Stato, dell'effettiva sussistenza dei presupposti di reddito che lo straniero autocertificava poiché l'autorità consolare attestava come “non mendace” l'autocertificazione, non già sulla base di una verifica in concreto, ma – ai sensi dell'art. 5, terzo comma, della L. 217/1990 – semplicemente «*per quanto a conoscenza*» della autorità medesima.

Con sentenza del 1° giugno 1995 n. 219, la C. Cost. ha giudicato infondata la prima censura e accolto la seconda.

Con riguardo alla prima censura, la Consulta ha osservato che anche lo straniero fruito della garanzia costituzionale in ordine ai diritti civili fondamentali, in particolare in ordine al diritto di difesa, nel quale è compresa

anche la difesa dei non abbienti. Con il disposto del comma 6 dell'art. 1, L. 217/1990, invero, il legislatore ha obbedito a questo imperativo costituzionale, e la circostanza relativa al maggiore o minore potere d'acquisto della moneta nei vari paesi costituisce – a parere della Corte – una «*differenza fattuale, occasionale e variabile*».

La seconda censura è stata, invece, ritenuta fondata dalla Consulta che ha osservato che, mentre per il cittadino italiano la L. 217/1990 stabilisce un procedimento assai rigoroso per la certificazione del requisito reddituale e per i successivi controlli da parte della Guardia di Finanza (artt. 5, 6 e 10 della legge), non può dirsi altrettanto con riferimento al cittadino straniero.

Invero, per lo straniero è sufficiente la produzione dell'autocertificazione della sussistenza del requisito reddituale, accompagnata dall'attestazione dell'autorità consolare competente dalla quale risulti che «per quanto a conoscenza» della stessa, l'autocertificazione non è mendace. Ha osservato la Corte che «la limitazione dell'attestazione di non mendacio della autocertificazione all'eventuale conformità con quanto possa essere a conoscenza dell'autorità consolare da una parte consente in realtà che nessuna verifica sia fatta e d'altra parte priva di ogni elemento di valutazione il giudice chiamato a provvedere sulla base dell'autocertificazione».

Tale situazione, secondo la Corte, svela una evidente irragionevolezza intrinseca della disciplina dell'onere documentale perché il legislatore, se da una parte nella sua discrezionalità può individuare in termini analoghi per il cittadino e per lo straniero la situazione reddituale che definisce la condizione di non abbenza, «non può però rinunciare solo per lo straniero a prevedere una verifica e controllo che non siano legati unicamente all'eventualità, meramente ipotetica e casuale, che all'autorità consolare già risultino elementi di conoscenza utili a valutare l'autocertificazione del presupposto».

Con la propria sentenza di accoglimento parziale, la C. Cost. sostanzialmente elimina dalla disposizione l'inciso «per quanto a conoscenza della predetta autorità»; conseguentemente, ricade sull'autorità consolare l'onere di verificare nel merito il contenuto dell'autocertificazione indicando gli accertamenti eseguiti e il Giudice è libero di valutare l'idoneità degli accertamenti eseguiti e la congruità delle risultanze degli stessi.

L'intervento della C. Cost. è stato chiaramente rivolto a porre le condizioni affinché fosse esercitato in concreto un controllo rigoroso sulle dichiarazioni rese dallo straniero; va osservato, tuttavia, che in realtà tale attività di controllo è del tutto affidata alla «buona volontà» dell'autorità consolare e ad una discrezionalità del Giudice, certamente più ampia di quanto non lo sia quella che egli ha nel valutare la situazione reddituale del cittadino italiano.

Il richiamo a questa sentenza, ormai risalente, della C. Cost. è molto interessante per cogliere il diverso approccio interpretativo che la stessa Corte fa proprio in pronunce più recenti (vd. *infra*) riguardanti l'obbligo di allegazione, da parte dello straniero, dell'attestazione dell'autorità consolare.

La L. 217/1990 ha rappresentato senza dubbio un passo importante attuando concretamente il principio contenuto all'art. 24, terzo comma, della Costituzione.

Nonostante l'intervento della Consulta, permaneva quale criticità del sistema il fatto che la legge, applicabile solo al processo penale (ed alcune fattispecie di processo civile), non aveva consentito il superamento della pluralità di istituti esistenti per garantire il diritto di difesa ai non abbienti nei diversi riti.

Tale circostanza, che poneva un rischio elevato di disparità di trattamento a seconda del tipo di processo in cui il non abbiente fosse coinvolto, fu messa in rilievo da parte della dottrina¹² e della giurisprudenza¹³.

2. La riforma dell'istituto introdotta con la L. 29 marzo 2001 n. 134 e il D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (TUSG)

Anche sulla scorta dei rilievi di cui sopra il legislatore, con L. 29 marzo 2001 n. 134, interveniva nuovamente per disciplinare il patrocinio statale nel settore penale (abrogando la L. 217/1990); con l'occasione, però, veniva regolato anche il patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili ed amministrativi.

Senonché la L. 134/2001, nel giorno in cui avrebbe dovuto entrare in vigore, veniva abrogata praticamente *in toto* dall'art. 299 del Testo Unico

¹² V. CECCON, *La disciplina sull'assistenza giudiziaria gratuita (commento alla legge 30 luglio 1990, n. 217: istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti)*, in *Corriere giuridico*, 10/1990, p. 1080; N. TROCKER, voce *Patrocinio gratuito*, in *Digesto discipline privatistiche*, 1995, p. 306; F. CIPRIANI, *Il patrocinio dei non abbienti in Italia*, cit., p. 102.

¹³ Si segnala, in particolare, l'ordinanza del Tribunale di Foggia del 5 dicembre 1998, con la quale veniva rimessa alla C. Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 R.D. 30 dicembre 1923 n. 3282 invocando un intervento manipolativo della Consulta volto a introdurre uniformità fra i diversi regimi operanti nell'ordinamento. In quell'occasione, la C. Cost. rilevava che il disporre un così imponente intervento riformatore avrebbe trasceso largamente i limiti della giustizia costituzionale; veniva così dichiarata la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata (C. Cost. 16 giugno 2000, n. 200, in *Giustizia civile*, 2000, pp. 3085 ss, con nota di G. GIACALONE, *L'assistenza giudiziaria in materia civile tra legislazione italiana, strumenti internazionali vigenti e prospettive di interventi a livello comunitario*).

in materia di Spese di Giustizia (TUSG) varato dal Consiglio dei Ministri il 24 maggio 2002 ed approvato con il D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

Il TUSG disciplina l'istituto del patrocinio a spese dello Stato nell'intera parte III, che comprende il Titolo I dedicato alle disposizioni generali, il Titolo II dedicato alle disposizioni particolari nel processo penale ed il Titolo IV dedicato alle disposizioni particolari nei processi civili ed amministrativi.

Il D.P.R. 115/2002 ha inteso riunire e coordinare l'intera materia, tenendo conto di tutte le modifiche legislative intercorse negli anni precedenti.

L'adozione del TUSG ed ancor prima l'approvazione della L. 134/2001, in esso confluita, hanno segnato un evento importante per la storia della tutela dei non abbienti in Italia in quanto è stato finalmente superato in ogni sua parte quel che residuava della regolazione contenuta nel R.D. 3282/1923 introducendo una disciplina organica che accorda il beneficio del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi penali, civili ed amministrativi.

In linea generale, è possibile affermare che la riforma in materia di patrocinio a spese dello Stato ha segnato il passaggio, da un regime basato su aspetti di regolarità essenzialmente formale, ad uno improntato ai caratteri della concretezza ed effettività dell'accertamento sui redditi del soggetto richiedente (ed eventualmente dei suoi familiari conviventi) che, certamente, pone a carico del Giudice un'attività più articolata nella trattazione delle procedure di ammissione (o revoca) del beneficio.

Tale considerazione è confermata, in primo luogo, dalla circostanza che, a differenza di quanto prevedeva per il processo penale la L. 217/1990, il TUSG (art. 96) stabilisce che il Giudice «respinge l'istanza se vi sono fondati motivi per ritenere che l'interessato non versa nelle condizioni di cui agli articoli 76 e 92, tenuto conto del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte. A tale fine, prima di provvedere, il magistrato può trasmettere l'istanza, unitamente alla relativa dichiarazione sostitutiva, alla Guardia di finanza per le necessarie verifiche».

Nella L. 217/1990 questa articolata attività di valutazione non era prevista con la conseguenza che il Giudice – chiamato a decidere sull'istanza di ammissione – compiva una verifica meramente formale delle condizioni reddituali segnalate dall'istante nell'autocertificazione; anche l'istituto della revoca del decreto di ammissione era di fatto inoperante in quanto le Direzioni Regionali delle Entrate competenti assai raramente svolgevano efficacemente e in tempo ragionevole le verifiche che loro competevano.

L'ampliamento del potere-dovere del Giudice che valuta l'istanza di

ammissione al patrocinio a spese dello Stato operato dal TUSG – ad avviso di chi scrive – va apprezzato anche nell’ottica di una concretizzazione del potere di revoca del beneficio eventualmente concesso sulla base di una valutazione *prima facie* dell’istanza; il Giudice, infatti, non è chiamato a valutare la situazione patrimoniale dell’interessato (soltanto) così come ricostruita dallo stesso ma può/deve operare una valutazione di ulteriori elementi documentati in atti o verificabili attraverso un incidente istruttorio, quali il tenore di vita e le reali attività dell’interessato e dei suoi familiari.

La novità più rilevante introdotta dal TUSG è, comunque, rappresentata dall’estensione del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili, amministrativi, contabili e tributari. Scompare, dunque, definitivamente dal quadro ordinamentale il R.D. 3282/1923 (la cui coesistenza con i diversi regimi “settoriali” via via introdotti a partire dalla L. 533/1973 aveva creato non pochi problemi applicativi e rischi di trattamenti differenziati difficilmente compatibili con i principi costituzionali e sovranazionali sul diritto di difesa dei non abbienti) e viene introdotta un’unica disciplina dell’istituto del patrocinio a spese dello Stato valevole per i diversi riti processuali¹⁴.

Va segnalato, peraltro, che il Titolo IV (in Parte III) del TUSG contiene «Disposizioni particolari sul patrocinio a spese dello Stato nel processo civile, amministrativo, contabile e tributario». Si tratta di disposizioni che adattano la disciplina dell’istituto alle specifiche esigenze di tutela proprie dei processi diversi dal processo penale e che, in qualche misura, ne determinano una diversa configurazione.

Fra le prime differenze, si coglie la scelta (peraltro confermativa dell’indirizzo seguito dal legislatore nella disciplina previgente) di prevedere che, oltre al requisito reddituale, occorre che l’interessato nella propria istanza fornisca elementi utili a valutare la non manifesta infondatezza delle ragioni alla base della domanda di giustizia¹⁵.

L’organo competente alla decisione sull’istanza è il consiglio dell’ordine degli avvocati del luogo in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende il processo, ovvero, se il processo non pende, quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito (artt. 124 e 126 TUSG).

Sebbene il TUSG non lo preveda espressamente, la C. Cost., con sen-

¹⁴ Sottolinea la rilevanza di questo profilo A. MARTONE, *La nuova disciplina del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei giudizi civili*, in *Rassegna forense*, 3/2002, pp. 535 ss.

¹⁵ Art. 122 del TUSG: «L’istanza contiene, a pena di inammissibilità, le enunciazioni in fatto ed in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere, con la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l’ammissione».

tenza n. 10 del 20 gennaio 2022, è intervenuta dichiarando che il patrocinio a spese dello Stato deve essere garantito anche nel procedimento di mediazione obbligatoria che si concluda con un accordo. La Consulta ha osservato che le spese per la mediazione sono funzionali per assicurare l'effettività del diritto alla difesa e, pertanto, sarebbe irragionevole imporre un procedimento di mediazione obbligatoria senza concedere la possibilità di ottenere anche per tali spese la copertura del patrocinio statale in favore dei non abbienti¹⁶.

In ogni caso, la riforma della giustizia Cartabia, varata con L. n. 206 del 2021 (in vigore dal 28 febbraio 2023) stabilisce espressamente l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita, eliminando tutti i dubbi interpretativi sorti in precedenza.

Per quel che specificamente interessa il campo di indagine di questo lavoro, va svolta un'ultima notazione con riferimento al potere del Giudice di revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

La revoca del beneficio nel TUSG è regolata dall'art. 112 (con riferimento al processo penale) e dall'art. 136 (per i riti diversi da quello penale).

In entrambi i casi, la disciplina della revoca è connessa all'accertamento dell'assenza o al successivo venir meno dei requisiti che – in fase di ammissione – sono stati considerati utili per l'ammissione del richiedente al beneficio del patrocinio a spese dello Stato.

Sul presupposto che ai fini dell'ammissione al beneficio nel processo penale è richiesto il (solo) requisito reddituale, calcolato nei termini previsti dall'art. 76, l'art. 112 stabilisce che il Giudice ne dispone la revoca se il beneficiario abbia omissso di comunicare le eventuali variazioni dei limiti di reddito o se risulta provata la mancanza, originaria o sopravvenuta, delle condizioni di reddito¹⁷. Dalla revoca del provvedimento di ammissione al beneficio deriva, quale effetto, il diritto dello Stato a recuperare in danno dell'interessato le somme eventualmente pagate (art. 86 del TUSG).

Ai sensi dell'art. 114, la revoca del decreto di ammissione ha efficacia retroattiva salvo che essa intervenga per sopraggiunto mutamento delle condizioni reddituali (nel qual caso, essa produce effetti dal momento della variazione reddituale intercorsa durante il giudizio).

Per quanto concerne i riti diversi da quello penale, posto che ai sensi dell'art. 122 del TUSG il richiedente nell'istanza di ammissione (attestante il requisito reddituale) deve altresì - a pena di inammissibilità- esporre «le

¹⁶ Per un approfondimento, P. SANDULLI, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato (nota a sentenza n. 10 del 20 gennaio 2022 della Corte costituzionale)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2022, pp. 641 ss.

¹⁷ La norma regola un'altra ipotesi di revoca riguardante lo straniero detenuto, su cui ci si soffermerà *infra*.

enunciazioni in fatto ed in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere, con la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l'ammissione», l'ipotesi di revoca del beneficio è disciplinata in modo autonomo.

Ai sensi dell'art. 136 del TUSG, infatti, la revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato è prevista, oltre che nelle ipotesi di modifica delle condizioni reddituali (comma 1), anche qualora risulti «l'insussistenza dei presupposti per l'ammissione ovvero se l'interessato ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave».

Con riferimento a tale previsione, si ritiene che la interpretazione più corretta (e coerente con quanto disposto dal citato art. 122 TUSG) sia quella che consente al magistrato – nell'ipotesi di soccombenza totale della parte beneficiaria del patrocinio a spese dello Stato – di disporre la revoca del beneficio sul presupposto che l'azione promossa (o la difesa svolta) siano state affidate a ragioni manifestamente infondate o basate su prove palesemente inconsistenti (o comunque non indicate nell'istanza di ammissione al patrocinio presentata al competente consiglio dell'ordine degli avvocati).

Tale decisione di revoca deve recare adeguata motivazione proprio in relazione alle valutazioni che abbiano indotto il magistrato a ritenere l'insussistenza dei presupposti per l'ammissione; *a fortiori*, la motivazione dovrà essere particolarmente puntuale nel caso in cui la revoca scaturisca dal convincimento che la parte abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

Sebbene questa appaia l'interpretazione da seguire, una disamina della giurisprudenza amministrativa più recente su gravami proposti da stranieri (avverso provvedimenti di rigetto della domanda di permesso di soggiorno) fa emergere in taluni casi una diversa prassi dei Giudici amministrativi: in più occasioni, infatti, vista la soccombenza in giudizio del beneficiario del patrocinio a spese dello Stato, i Giudici hanno concluso per la “quasi automatica” revoca in sentenza del provvedimento di ammissione al patrocinio¹⁸. Si tratta di un orientamento non costante ma che – a parere di chi scrive – deve essere oggetto di ferma critica.

Invero, se un indirizzo di questo genere si diffondesse, sia nella giurisprudenza amministrativa che in quella ordinaria, si correrebbe il rischio di scoraggiare l'esercizio di un diritto fondamentale (la difesa a spese dello Stato per i non abbienti) ogniqualvolta vi possa essere il rischio di restare soccombenti.

Come osservato, l'art. 136 del TUSG, se interpretato rigorosamente, consente al Giudice di disporre la revoca soltanto se dovesse essere accer-

¹⁸ Cons. Stato, sez. III, 22 luglio 2024, nn. 6603 e 6578.

tata *ex post* la manifesta infondatezza delle ragioni fatte valere in giudizio o se la parte risultasse aver agito (o resistito) con mala fede o colpa grave.

A ben vedere si tratta di condizioni ben più specifiche e limitate rispetto alla mera soccombenza in giudizio e rispetto alle quali il Giudice deve comunque adeguatamente motivare¹⁹.

3. *Il diritto di accesso degli stranieri al beneficio del patrocinio a spese dello Stato ai sensi del TUSG*

Rispetto alle discipline precedenti (art. 1, comma sesto e art. 15 *bis* L. 217/1990, come modificata dalla L. 134/2001), il TUSG mantiene sostanzialmente invariata la previsione dell'equiparazione dello straniero e dell'apolide al cittadino italiano (artt. 90 per il processo penale e 119 per gli altri riti).

Come si è avuto modo di osservare in precedenza, si tratta di disposizioni che lasciano aperti dei dubbi interpretativi rispetto ai quali il TUSG avrebbe potuto rappresentare l'occasione per il loro chiarimento.

Si segnala positivamente la disposizione introdotta nel testo TUSG dell'art. 76, comma 4 *quater*, dall'art. 16, comma 1, della L. 7 aprile 2017 n. 47: essa stabilisce che il minore straniero non accompagnato ha diritto di accedere, attraverso il tutore nominato o l'esercente la responsabilità genitoriale, al gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento. La norma (che fa parte della nota Legge Zampa sui minori stranieri non accompagnati) riconosce con chiarezza il diritto a questa particolare categoria "debole" di stranieri, giunti numerosi negli ultimi anni nell'ambito dei flussi migratori che hanno interessato come prima destinazione europea il nostro Paese, una garanzia fondamentale per rendere effettive le tutele che essa introduce offrendo accesso diretto – per il tramite del tutore volontario assegnato – al sistema di giustizia per i non abbienti.

L'esame comparativo delle disposizioni contenute agli artt. 90 e 119 del TUSG sopra citati mettono in evidenza una prima differenza molto rilevante: mentre l'art. 90, con riferimento al processo penale, estende il beneficio del gratuito patrocinio allo «straniero», l'art. 119 (riguardante i riti diversi dal processo penale) testualmente riconosce tale beneficio allo «straniero regolarmente soggiornante». Soltanto per i giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione del decreto di espulsione, l'art. 142 del TUSG prevede

¹⁹ Si segnalano per la puntualità della motivazione: C.G.A., sez. giurisd., 19 agosto 2024, n. 662; T.A.R. Palermo, sez. II, 18 aprile 2023, n.1280; Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2020, n.3141; T.A.R. Palermo, sez. II, 1 settembre 2014, n.2232.

un'eccezione, consentendo al ricorrente (ancorché non regolarmente soggiornante) l'accesso al patrocinio a spese dello Stato.

La differenza fra il regime dell'art. 90 e quello dell'art. 119 – come è facilmente intuibile – non è di poco conto in quanto, se si accedesse ad una interpretazione meramente letterale, scivola da considerazioni più ampie che guardino alla natura di diritto fondamentale di rango costituzionale del diritto di difesa per i non abbienti, si determinerebbe l'esclusione dell'accesso alla difesa gratuita per lo straniero che non si trovi in condizioni di regolarità con il titolo di soggiorno. La circostanza che tale conseguenza riguarderebbe unicamente i processi diversi dal processo penale non può costituire – a parere di chi scrive – una giustificazione plausibile di tale *deminutio* di tutela. E ciò in quanto, fra le ipotesi più ricorrenti di contenzioso che lo straniero si trova costretto a promuovere, vi sono i ricorsi avverso il diniego di permessi di soggiorno “speciali” richiesti in ragione della propria condizione di richiedente asilo o protezione internazionale.

Si tratta di fattispecie numericamente molto frequenti posto che il nostro Paese è divenuto fra le prime “porte d'accesso” europee per migliaia di migranti che giungono da territori nei quali la sopravvivenza è a rischio non solo per le difficilissime condizioni economiche e sociali ma soprattutto per i pericoli connessi alla situazione sociale e politica che espone le popolazioni, soprattutto coloro che appartengono alle fasce sociali più deboli, a rischi di persecuzione razziale, di genere o politico-religiosa e a violazione dei diritti umani fondamentali.

Tutti coloro che lasciano il proprio paese di origine per sfuggire a tali situazioni hanno – secondo il diritto internazionale e europeo – diritto a ricevere accoglienza e protezione richiedendo, nel paese di primo accesso, uno specifico titolo che ne autorizza il soggiorno.

Qualora tale titolo venga negato dalle autorità competenti, il richiedente ha diritto a promuovere un ricorso, affidato alla giurisdizione ordinaria.

Tale azione giurisdizionale, nella quasi totalità dei casi, viene promossa da soggetti che versano in condizioni economiche oggettivamente precarie e che, certamente, soddisfano il criterio reddituale previsto dal TUSG per accedere al patrocinio gratuito.

Se si facesse luogo ad un'interpretazione letterale della disposizione contenuta nell'art. 119 TUSG, si giungerebbe ad escludere per tutti coloro che si trovano nella condizione sopra descritta la possibilità di chiedere (ed ottenere) il beneficio del patrocinio a spese dello Stato in quanto stranieri non regolarmente soggiornanti.

Rispetto a questo profilo, nella convinzione che la disposizione del TUSG necessiterebbe di un intervento modificativo volto a riconoscere

pienezza al diritto di difesa degli stranieri non abbienti, in quanto diritto umano e sociale di rango costituzionale, si osserva che, con D. Lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 recante norme di attuazione della Direttiva 2005/85/CE in materia di procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, è stato riconosciuto al cittadino straniero il diritto ad essere ammesso al gratuito patrocinio nei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione del diniego di protezione internazionale.

La norma ha dunque consentito il superamento dell'interpretazione letterale dell'art. 119 TUSG, come dimostrato dall'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza. Per tutte, si cita la pronuncia della Corte di cassazione civile, sez. I, 10 giugno 2011, n.12744 che, in accoglimento di un ricorso proposto da un richiedente asilo al quale era stata negato l'accesso al gratuito patrocinio sul presupposto che non potesse considerarsi "regolarmente soggiornante", ha cassato l'ordinanza del Tribunale di prime cure confermativa dell'orientamento negativo assunto dall'allora competente ordine degli avvocati.

La Suprema Corte ha chiarito, infatti, «che anche nella fase della contestazione giurisdizionale del diniego di protezione internazionale il richiedente (...) potesse considerarsi regolarmente soggiornante ai fini della ammissione al patrocinio nella previsione del (...) D.P.R. n. 115 del 2002, art. 119».

Si segnala altresì, per l'ampiezza e puntualità dell'argomentazione, la sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato n. 3917 del 18 luglio 2013.

In quel caso, il giudizio aveva ad oggetto il diniego del provvedimento di c.d. emersione dal lavoro irregolare adottato dalla Questura di Reggio Calabria nei confronti di un cittadino marocchino.

Anche in quel caso la condizione di straniero non regolare richiedente l'emersione aveva implicato il rigetto della domanda di accesso al patrocinio gratuito in applicazione dell'art. 119 TUSG.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che allo straniero non regolare che abbia attivato la procedura di regolarizzazione (*rectius*, "emersione") debba riconoscersi il beneficio del patrocinio gratuito (ovviamente in presenza dei requisiti richiesti dal TUSG) in ragione di un'interpretazione estensiva dell'art. 142 TUSG che, come sopra rilevato, eccezionalmente consente l'accesso al gratuito patrocinio allo straniero irregolare che ricorre avverso il decreto di espulsione.

Osserva il Consiglio di Stato che, diversamente opinando (ossia escludendo per lo straniero in corso di "emersione" il diritto al gratuito patrocinio nel giudizio promosso avverso atti della suddetta procedura di emer-

sione), si perverrebbe ad una soluzione contrastante, sotto vari profili, con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.

Particolarmente significative, ai fini della riflessione che si sta conducendo, paiono le considerazioni che il Consiglio di Stato, nella pronuncia in esame, svolge con riferimento ai possibili profili di contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. Il Consiglio di Stato, infatti, osserva che i suddetti articoli declinano il diritto alla difesa (l'art. 24 in generale; l'art. 113 con riferimento alla tutela dinanzi agli organi della giustizia amministrativa) riconoscendo che si tratta di un diritto di «*tutti*»; invero, diversamente da altre disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali (solo) al «cittadino», il testo dell'art. 24 Cost. (come quello dell'art. 113 Cost.) «appare inequivoco nel senso che nei confronti del diritto alla difesa non sono ammesse discriminazioni fondate sullo *status civitatis*».

Il Consiglio di Stato conclude affermando che «se il legislatore ha ritenuto che l'approntamento di una forma di sostegno economico al non abiente sia un complemento indispensabile del diritto alla difesa, identico trattamento deve essere assicurato allo straniero».

L'orientamento della giurisprudenza, ordinaria e amministrativa, appare chiaro e univoco.

Ciò non toglie che, a parere di chi scrive, la disciplina di diritto positivo sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato da parte degli stranieri sia suscettibile di adeguamento nel senso di chiarire in modo inequivoco la tipologia di soggetti (stranieri) ai quali il beneficio deve essere esteso.

4. *Gli oneri documentali a carico dello straniero che richiede di accedere al patrocinio a spese dello Stato*

L'art. 76 del TUSG prevede che può essere ammesso al patrocinio chi è titolare di un reddito imponibile ai fini Irpef, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a € 12.838,01²⁰.

Sebbene la norma preveda che ai fini del calcolo del requisito reddituale si debba tenere conto anche dei redditi prodotti dal coniuge e dai familiari conviventi con l'istante (art. 76, comma secondo), va detto che – nella maggior parte delle fattispecie che riguardano le istanze di ammissione al gratuito patrocinio presentate da stranieri extra UE – trova applicazione quanto previsto dal quarto comma della norma in esame che, con riguardo ai processi nei quali è oggetto della causa un diritto della personalità, stabilisce che si tenga conto del solo reddito personale.

²⁰ La soglia reddituale è stata aggiornata l'ultima volta dal D.M. Giustizia 10 maggio 2023.

Ai sensi degli artt. 78-79 del TUSG, l'istanza deve essere sottoscritta dall'interessato a pena di inammissibilità e la firma deve essere autenticata dal difensore nominato.

L'istanza deve contenere le generalità del richiedente e dei componenti della famiglia anagrafica, incluso il codice fiscale.

Con riferimento a tale ultimo elemento, si è posto il problema relativo alla posizione dello straniero non regolare, il quale è privo del codice fiscale.

Sul punto è intervenuta in senso risolutivo la C. Cost. che, con ordinanza 14 maggio 2004 n. 144, ha dichiarato manifestamente infondata una questione sollevata dal Tribunale di Roma osservando che, a fronte dell'impossibilità oggettiva per lo straniero di fornire il proprio codice fiscale, deve trovare applicazione l'art. 6 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 605, ai sensi del quale «l'obbligo di indicazione del numero di codice fiscale dei soggetti non residenti nel territorio dello Stato, cui tale codice non risulti attribuito, si intende adempiuto con la sola indicazione dei dati di cui all'articolo 4» della stessa norma (cognome, nome, data di nascita e domicilio fiscale), «con l'eccezione del domicilio fiscale, in luogo del quale va indicato il domicilio o sede legale all'estero».

L'art. 79, comma secondo, del TUSG stabilisce che per i redditi prodotti all'estero, il cittadino extra UE deve allegare all'istanza una certificazione dell'autorità consolare competente che attesti la veridicità di quanto in essa indicato.

In deroga a tale obbligo di produzione documentale, ai sensi dell'art. 94 del TUSG, nel processo penale lo straniero richiedente il patrocinio a spese dello Stato che si trovasse nell'impossibilità di produrre la certificazione consolare relativa ai redditi prodotti all'estero, può fare ricorso ad una dichiarazione sostitutiva.

Per lungo tempo, tale differenza di regime fra processo penale e altri riti non ha determinato conseguenze rilevanti sul piano pratico.

Senonché, in coincidenza con l'intensificarsi dei flussi migratori verso il nostro Paese e delle domande di protezione internazionale, sono significativamente aumentati i casi in cui lo straniero, che subisce il diniego dello *status* di rifugiato, si rivolge all'autorità giurisdizionale (ordinaria) per contestarne la legittimità.

Al contempo sono progressivamente aumentati i casi di espulsione con provvedimenti delle Questure di stranieri irregolari; anche in questo caso, lo straniero, che ritiene di avere subito illegittimamente un decreto di espulsione, si rivolge al Giudice (amministrativo).

In entrambe queste fattispecie (ed in altre analoghe), lo straniero frequentemente richiedeva di accedere al beneficio del patrocinio per i non abbienti ai sensi delle norme del TUSG.

La maggior parte delle istanze di ammissione al gratuito patrocinio, tuttavia, venivano dichiarate inammissibili ai sensi dell'art 79, comma secondo, TUSG per la mancata produzione da parte del richiedente dell'attestazione consolare.

Tale prassi, invero, pur fedele al dettato letterale della norma, non teneva in alcuna considerazione il fatto che – nella maggior parte dei casi – l'omessa produzione della certificazione reddituale non dipendesse da fatto imputabile al richiedente il quale, pur avendo tempestivamente sollecitato la propria autorità consolare, non riceveva riscontro o riceveva riscontro negativo sul presupposto che l'autorità consolare non fosse competente a effettuare verifiche sulla posizione patrimoniale.

Rispetto all'obiettivo irragionevolezza di tale previsione, gravemente lesiva dell'effettività del diritto di difesa degli stranieri non abbienti, si segnalano alcuni recenti interventi additivi della C. Cost. di cui si ritiene opportuno dare conto.

In primo luogo, va segnalata la sentenza 20 luglio 2021 n. 157 con la quale ha Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui non consente al cittadino di Stati extra UE, in caso di impossibilità a presentare la documentazione richiesta ai sensi dell'art. 79, secondo comma, di produrre, a pena di inammissibilità, una dichiarazione sostitutiva di tale documentazione²¹.

Con la sentenza citata la C. Cost. ha osservato che la disposizione contenuta all'art. 79, secondo comma, del TUSG contrasta con gli artt. 3, 24 e 113 Cost. in quanto «fa gravare sull'istante il rischio della impossibilità di produrre una specifica prova documentale richiesta per ottenere il godimento del patrocinio a spese dello Stato; essa, infatti, impedisce – a chi è in una condizione di non abbienza – l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale».

In conseguenza dell'intervento additivo della Consulta è stato eliminato un profilo di palese irragionevolezza della disposizione che faceva ricadere sullo straniero richiedente il rischio che l'autorità consolare, rimanendo inerte o declinando la propria competenza, determinasse l'impossibilità di produrre tempestivamente la certificazione richiesta.

Le ragioni che hanno indotto la C. Cost. a intervenire in tale direzione sono da ascrivere all'inequivoca riconduzione del diritto dello straniero ad accedere al beneficio del gratuito patrocinio (ove siano soddisfatti i requisiti-

²¹ Per un commento alla pronuncia, A. CIERVO, *Dalla teoria alla pratica: il patrocinio a spese dello Stato come diritto sociale degli stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 3/2021, pp. 99 ss.

ti previsti dal TUSG) all'ambito dei diritti umani inviolabili non suscettibili di sacrificio o compressione.

Sul tema degli obblighi di produzione documentale a carico dello straniero, meritano di essere segnalati altri due recentissimi interventi della Consulta, che danno prova della circostanza che – nonostante la chiara pronuncia additiva del 2021 – alcune questioni applicative rimangono ancora dubbie, determinando in concreto un possibile *vulnus* al diritto di difesa dello straniero non abbiente.

Si tratta delle sentenze della C. Cost. 28 dicembre 2023 n. 228 e 25 giugno 2024 n. 110.

La sentenza 228/2023²² è intervenuta nell'ambito di un giudizio pendente dinanzi al G.i.p. del Tribunale di Macerata che ha ritenuto opportuno sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 79, comma 2, del TUSG, prospettando una violazione dell'art. 3 Cost. sotto un duplice profilo: da un lato, perché la norma risulterebbe irragionevole nell'ipotesi in cui l'ufficio consolare dello Stato estero si dichiarasse incompetente a rilasciare la documentazione e a svolgere i relativi controlli finalizzati a certificare lo stato economico-patrimoniale dell'istante; dall'altro, perché la norma censurata determinerebbe in via consequenziale una disparità di trattamento tra i cittadini extra UE, il cui consolato risulta competente a rilasciare la certificazione idonea e la stessa categoria di cittadini ai quali, in ragione di quanto stabilito nel proprio ordinamento, non è consentito rivolgersi all'autorità consolare in Italia per ottenere il rilascio della succitata certificazione.

Con la sentenza 228/2023, la Consulta ha giudicato non fondata la questione osservando che non è condivisibile l'impianto argomentativo dell'ordinanza di rimessione che muove dall'assunto che il legislatore italiano – attraverso la previsione dell'art. 79, comma secondo, del TUSG – avrebbe imposto «allo Stato estero di “adattare” le competenze dei propri organi alle aspettative della legge italiana» e che, pertanto, ove il consolato risulti incompetente, sia «privo di possibile spiegazione razionale che taluno debba avanzare istanza ad [un] ufficio incompetente».

Osserva la C. Cost. che la norma censurata non assegna al consolato il compito di certificare la consistenza patrimoniale del cittadino straniero e, dunque, «non pone un problema di possibile incompetenza di tale autorità sulla base della disciplina del relativo ordinamento». La disciplina dell'art. 79, comma secondo, infatti «si fonda sul principio di leale collaborazione

²² Per un commento alla pronuncia, A. CIERVO, *La Corte costituzionale ritorna (anche se forse non era necessario) sul gratuito patrocinio a favore degli stranieri extra-UE: nota a Corte cost., n. 228 del 28 dicembre 2023*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2023, p. 2665.

tra autorità appartenenti a diversi Stati e, su tale presupposto, prevede che il consolato rilasci una certificazione» sulla base di «un'attività di verifica e controllo» da compiersi eventualmente «con il coinvolgimento delle amministrazioni competenti».

Secondo la Corte, dunque, la soluzione individuata dall'art. 79, comma secondo, non determina – come sostenuto dal Giudice *a quo* – una soluzione irragionevole (e potenzialmente discriminatoria fra diverse categorie di stranieri in ragione della distribuzione delle competenze fra i vari uffici e organi del paese di origine) ma, al contrario, «potenzia la tutela dell'interesse a una verifica concreta delle condizioni reddituali dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e, al contempo, consente a tali soggetti di rivolgersi ad amministrazioni che si trovano nel territorio italiano».

In occasione della pronuncia in esame, la Consulta ha anche chiarito che la condizione di impossibilità che consente allo straniero di produrre, in luogo della certificazione consolare, una dichiarazione sostitutiva non può discendere – come paventato dal Giudice rimettente – da una presunta incompetenza del consolato, che è sempre competente a ottemperare a un onere di collaborazione di carattere internazionale.

Ne consegue che, come già rilevato nella sentenza 157/2021, «l'impossibilità che permette di avvalersi della dichiarazione sostitutiva di certificazione può, invece, derivare dalla mancata collaborazione dell'autorità consolare».

Occorre tuttavia osservare che tale facoltà di produzione della dichiarazione sostitutiva non si traduce in un indebolimento o nella mancanza di controlli sull'effettiva spettanza del beneficio. Il TUSG, infatti, contiene varie disposizioni che approntano un complesso di rimedi volti a prevenire il rischio di un'impropria allocazione delle risorse pubbliche: in particolare, l'art. 79, comma 3, del TUSG stabilisce che «se il giudice precedente o il consiglio dell'ordine degli avvocati competente a provvedere in via anticipata lo richiedono», gli interessati «sono tenuti, a pena di inammissibilità dell'istanza, a produrre la documentazione necessaria ad accertare la veridicità di quanto in essa indicato». Di conseguenza, qualora l'autorità consolare non dovesse ottemperare al proprio onere di collaborazione, il Giudice o il consiglio dell'ordine degli avvocati potranno richiedere all'interessato di produrre la documentazione che attesti la veridicità di quanto indicato nell'istanza (e, cioè, esigere la produzione dei certificati rilasciati dalle amministrazioni nazionali competenti ad attestare la condizione reddituale).

Sulle questioni affrontate nelle sentenze del 2021 e del 2023, la C. Cost. è tornata di recente sollecitata da un'ordinanza di rimessione del Tribunale

di Firenze (ord. 26 ottobre 2023 n. 153) con cui è stata nuovamente sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art 79, comma secondo, del TUSG in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

Il Giudice rimettente ha ritenuto che la disposizione, richiedendo solo ai cittadini extra UE la produzione di documentazione ulteriore (la certificazione consolare più volte richiamata) per l'accesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei cittadini italiani o europei (ai quali è richiesta unicamente la produzione di una autocertificazione).

La questione è stata giudicata infondata dalla Consulta che ha rilevato che, sebbene il diritto di accesso al patrocinio per i non abbienti costituisca un diritto inviolabile, esso «non è sottratto al bilanciamento di interessi, spettante al legislatore, che, per effetto della scarsità delle risorse, si rende necessario rispetto alla molteplicità dei diritti che ambiscono alla medesima tutela». In questa prospettiva, secondo la Corte, il diverso trattamento previsto dall'art. 79, per i cittadini extra UE (in deroga al criterio generale della valorizzazione dei poteri certificatori del privato) «si giustifica a fronte delle difficoltà di verificare l'esistenza e l'entità dei redditi prodotti all'estero dai soggetti considerati, diversamente da quanto può avvenire con riguardo al cittadino italiano».

Deve altresì escludersi la denunciata violazione dell'art. 24 Cost. «in quanto la richiesta di documentazione ulteriore a carico del cittadino extra UE ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, lungi dal determinare un vulnus alla tutela giurisdizionale, è piuttosto funzionale a garantire la verifica delle effettive condizioni reddituali dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea».

5. Conclusioni

L'esame delle norme e della giurisprudenza più recente in tema di accesso al patrocinio a spese dello Stato, con particolare riferimento alla posizione del cittadino extra UE, conduce a formulare alcune riflessioni conclusive sul diritto di accesso all'istituto e sulla sua configurazione nel nostro ordinamento.

Ai sensi dell'art. 24, primo comma, della Costituzione – in combinato disposto con l'art. 113 Cost. per quel che concerne la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dinanzi al Giudice amministrativo – il diritto di difesa è inviolabile. Onde evitare che tale enunciazione sia ridotta ad una mera affermazione di principio ed in un'ottica di effettività della tutela, è necessario che l'ordinamento assicuri al soggetto, cittadino italiano o europeo

così come al cittadino extra UE e all'apolide, concrete modalità di accesso al sistema giudiziario.

Affinché tale prospettiva si concretizzi, occorre – ad avviso di chi scrive – porsi nell'ottica della concezione “sostanziale” del principio di uguaglianza e, conseguentemente, interpretare il diritto di difesa come un diritto di tutti ed al quale tutti possano effettivamente accedere senza che una condizione di disagio economico (che renda eccessivamente gravoso il ricorso alla necessaria difesa tecnica) costituisca il presupposto per una discriminazione ed una *deminutio* nel godimento del diritto posto dall'art. 24 Cost.

Si può, dunque, affermare che il diritto di difesa, inteso come diritto all'accesso al sistema giudiziario, costituisca un diritto sociale in senso stretto, prodromico ad un altro diritto ad esso strettamente connesso, ossia il diritto al giusto processo predicato dall'art. 111 della Costituzione.

Tale inquadramento trova conferma, del resto, in un consistente orientamento dottrinale che si concentra sulla dimensione sociale del diritto di difesa per i non abbienti, e in particolare degli stranieri²³.

Se si muove da questa categorizzazione, occorre interrogarsi se e in che misura il sistema italiano di garanzia del patrocinio per lo straniero non abbiente rappresenti effettivamente una piena garanzia del diritto sociale di difesa.

L'esame dell'*excursus* normativo ha evidenziato un certo ritardo del nostro ordinamento nel dare compiuta regolazione al patrocinio gratuito per i cittadini non UE.

Per lungo tempo, infatti, la previsione costituzionale riguardante il diritto di difesa dei non abbienti (art. 24, terzo comma, Cost.) è rimasta inattuata. Solo a partire dalla L. 533/1973 sono stati introdotti istituti intesi ad assicurare in concreto adeguati strumenti di garanzia; e, comunque, si è dovuta attendere l'adozione del TUSG del 2002 per giungere ad una regolazione organica che estendesse il beneficio a tutti i riti (penale, civile, amministrativo, tributario e contabile).

Come si è avuto modo di osservare, peraltro, proprio con riguardo alla posizione dello straniero non UE, l'introduzione del TUSG non ha consentito un pieno superamento di alcuni profili interpretativi dubbi per il quale è stato necessario l'intervento in più occasioni del Giudice delle Leggi.

²³ G. SORRENTI, voce *Giusto processo (e diritto di difesa)*, in C. PANZERA – A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, pp. 205 ss.; C. CORSI, voce *Straniero (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano, 2013, pp. 862-863; A. CIERVO, *Dalla teoria alla pratica: il patrocinio a spese dello Stato come diritto sociale degli stranieri*, cit., p. 102; F. ASTONE, A. LUPO, V. PRUDENTE, A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019.

Quand'anche si volessero ritenere ormai chiariti tutti i punti dubbi riguardanti l'applicazione delle disposizioni del TUSG per quanto concerne l'accesso del cittadino extra UE al patrocinio a spese dello Stato, restano altri aspetti di opacità nel sistema di tutela giudiziaria dei diritti degli stranieri che hanno a che vedere con la complessità del sistema stesso, con l'elevato livello di burocrazia, con il tema dell'eccessiva durata dei giudizi (che, giocoforza, si traduce in un aumento dei costi per la parte) e, infine, con la scelta del nostro legislatore di affidare l'esercizio della difesa dei non abbienti al libero foro.

Si tratta, come è evidente, di aspetti molto complessi che incidono negativamente sulla sfera giuridica di coloro che si rivolgono al sistema giudiziario e, maggiormente, nei confronti di coloro che – per le precarie condizioni economiche in cui versano – devono poter contare sul gratuito patrocinio.

In una prospettiva che guarda all'effettività della tutela dei diritti fondamentali è, pertanto, auspicabile che, in occasione di eventuali futuri interventi sulla regolazione del diritto di accesso al patrocinio a spese dello Stato, il legislatore ponga attenzione anche al “contesto” normativo nel quale la suddetta regolazione va a porsi, nell'intento di conseguire una riforma organica della materia.

ABSTRACT

Access for foreigners to Legal aid

This paper examines the right of foreigners to access legal aid in Italy, analysing the evolution of legislation and highlighting the importance of guaranteeing the right of defence for all, regardless of their economic situation or nationality. The paper explores the historical development of legal aid legislation, from the initial laws on free legal aid for the poor to the current regulations on state-funded legal aid. It also delves into the specific requirements for foreigners to access legal aid, emphasizing the importance of ensuring that language barriers or lack of knowledge about the Italian legal system do not hinder their right to defence. The paper concludes by advocating for a more inclusive and accessible legal aid system that fully guarantees the right of defence for all foreigners in Italy.

OSSIMORI E ALTRI AZZARDI AI CONFINI INTERNI NELLE MODIFICHE AL CODICE FRONTIERE SCHENGEN

Emanuela Pistoia^{*} - *Francesca Di Matteo*^{**}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rafforzamento dei controlli di polizia. – 3. La “comunitarizzazione” del regime dei trasferimenti dei cittadini di Stati terzi irregolari rintracciati nelle zone di frontiera. – 4. *Segue*. Trasferimenti e respingimenti ai confini interni in esito al Regolamento (UE) 2024/1717 e alla sentenza *ADDE*. – 5. Tecnologie di monitoraggio e sorveglianza ai confini interni: il possibile ingresso della *facial recognition technology*. – 6. Sulla dubbio legittimità dell’uso estensivo della sorveglianza elettronica alla luce del quadro normativo di riferimento nel diritto dell’Unione europea. – 7. *Segue*. Gli obblighi incombenti sugli Stati membri sorveglianti alla luce dell’AI Act. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Tra i numerosissimi atti normativi adottati da Parlamento europeo e Consiglio a fine legislatura, nella tarda primavera del 2024, vi è il regolamento che modifica il «Codice Frontiere Schengen», il cui nome formale è «Codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone»¹. La relativa proposta fu presentata dalla Commissione nel dicembre 2021², in sostituzione della precedente proposta risalente al 2017³, per dare risposte alla crisi dello “spazio Schengen” registrata negli anni addietro. Tale crisi è emersa particolarmente dal ripristino reiterato e prolungato dei controlli alle frontiere interne, dovuto soprattutto alla for-

^{*} Professoressa ordinaria di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Teramo, autrice dei paragrafi 1-4.

^{**} Ricercatrice di Diritto dell’Unione europea, Università LUMSA, autrice dei paragrafi 5-8.

¹ Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell’Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, in GU L del 20 giugno 2024.

² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, 14.12.2021, COM (2021) 891 final.

³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne, 27.9.2017, (COM (2017) 571).

zatura e spesso addirittura alla violazione delle regole al riguardo stabilite dal regolamento «Codice Frontiere Schengen» del 2016⁴. Infatti, lo “spazio Schengen” è precisamente l’area priva di controlli alle frontiere interne: di qui la corrispondenza fra il loro ristabilimento, per di più frequentemente *contra legem*, e il riscontro di una crisi del meccanismo congegnato⁵.

Gli obiettivi perseguiti dalle nuove disposizioni affrontano i nodi principali evidenziati dalla prassi circa il ripristino delle verifiche di frontiera e circa i controlli compatibili con l’ordinaria assenza di queste, i quali fanno capo alla gestione di tre tipologie di emergenze: l’emergenza sanitaria, per la prima volta affrontata con la pandemia da Covid-19; l’emergenza migratoria, dovuta soprattutto a episodi di c.d. strumentalizzazione dei migranti; l’emergenza di sicurezza, nella prassi causata in particolare da alcuni gravi attentati terroristici.

Riguardo alla seconda delle emergenze ricordate, è utile precisare che il regolamento licenziato nella primavera del 2024 non è parte del Patto sulla migrazione e l’asilo, approvato nello stesso periodo attraverso dieci atti legislativi. Eppure, nella relazione che accompagnava la proposta quest’ultima veniva definita come «uno dei principali obiettivi iscritti nella tabella di marcia per il nuovo patto sulla migrazione e l’asilo»⁶. In effetti, molte modifiche sono fortemente modellate sull’esigenza di fermare i movimenti transfrontalieri dei cittadini di Stati terzi (d’ora innanzi, per semplicità, anche “stranieri”), ben al di là delle situazioni di c.d. strumentalizzazione dei migranti, senza al contempo penalizzare i cittadini europei che

⁴ Corte di giustizia, sentenza del 26 aprile 2022, cause riunite C-368/20 e C-369/20, NW ECLI:EU:C:2022:298.

⁵ Per una visione diversa, sebbene limitatamente al periodo iniziale dei ripristini diffusi, G.P. RUOTOLO, *Sulle recenti misure di ristabilimento dei controlli ad alcune frontiere interne alla luce del Codice Schengen 2016*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 388. Sulla crisi delle frontiere interne v. C. FIJNAULT, *The Refugee Crisis: The End of Schengen?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 313 ss.; E. GUILD, E. BROUWER, K. GROENENDIJK and S. CARRERA, *What is Happening to the Schengen Borders?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, 2015; E.R. BROUWER, E. GUILD, S. CARRERA, L. VOSILIÛTE, C.A. GROENENDIJK, J. JEANDEBOSZ and M. MARTIN-MAZÉ, *Internal Border Controls in the Schengen Area: Is Schengen Crisis-Proof?*, Study for the European Parliament, LIBE Committee, 2016; F. IPPOLITO, *La ‘tragedia’ delle frontiere europee*, in *European papers*, 2016, p.p. 656-658; L. JAKULEVICIENÈ, *Migration Related Restrictions by the EU Member States in the Aftermath of the 2015 Refugee “Crisis” in Europe: What Did We Learn?*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2017, p. 222. Sul regime delle frontiere interne si veda anche S. Marinai, *Il controllo delle frontiere e la lotta all’immigrazione irregolare*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 221 ss.

⁶ Proposta di regolamento, cit., p. 1.

invece hanno diritto di uscire dai propri Stati di cittadinanza e di domicilio o residenza e di entrare in ogni Stato membro, salvo restrizioni applicate e da valutare caso per caso nel quadro della direttiva 2004/38/CE⁷. Questa sfida pare rappresentare una delle cifre della riforma.

Il regolamento (UE) 2024/1717 affronta ambedue gli aspetti della “crisi di Schengen” prospettati nell’apertura di questo saggio: il discostamento della prassi sul ripristino dei controlli alla frontiera dalle regole prestabilite, e il ripristino in sé considerato, che è critico poiché la sua diffusione e il suo uso prolungato corrispondono a un disagio nell’applicazione del divieto di cui rappresenta l’eccezione⁸. L’intervento sul primo aspetto è stato efficacemente definito un «esercizio di realismo»⁹, giacché la nuova normativa ha recepito le precedenti deviazioni della prassi: si è così riconosciuto in via implicita che, sotto alcuni aspetti, il regolamento (UE) 2016/399 era eccessivamente ambizioso e, piuttosto che forzare la mano agli Stati membri, si è optato per piegare le norme alle loro esigenze. In compenso, la nuova normativa cerca di arginare la discrezionalità con cui gli Stati decidono il ripristino dei controlli in caso di minaccia grave per l’ordine pubblico e la sicurezza interna, indirizzandone la valutazione e obbligandoli al suo aggiornamento periodico (nuovo art. 26 del Codice Frontiere Schengen).

A fronte di tale realistica arrendevolezza, la novità più rilevante della riforma appare essere lo sforzo di scongiurare il ripristino delle verifiche di frontiera pur assecondando la determinazione degli Stati membri a impedire il passaggio dei cittadini di Stati terzi che non ne abbiano titolo: questa la sfida di cui si diceva. Lo sforzo si sostanzia in due elementi: il rafforzamento dei controlli di polizia nelle zone di frontiera e l’uso sempre più ampio delle tecnologie di monitoraggio. Ambedue presentano aspetti molto delicati sul piano giuridico. In questo saggio ci si propone di individuarli e di analizzarli.

⁷ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GU L 229/35 del 29 giugno 2004.

⁸ Sull’urgenza di scongiurare il ripristino delle verifiche alle frontiere interne nell’interesse dell’integrazione europea cfr. E. GUILD, *Promoting the European way of life: Migration and asylum in the EU*, in *European Law Journal*, 2020, p. 355, in specie p. 370.

⁹ S. MONTALDO, *La riforma della governance delle frontiere interne dello spazio Schengen*, pp. 17-33, p. 20, in M. SAVINO E D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione. Tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*. Atti del V Convegno dell’Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM) 17 e 18 novembre 2022, Napoli, 2023.

Il primo aspetto delicato è rappresentato dalle caratteristiche dei controlli di polizia destinati a supplire all'eliminazione delle verifiche di frontiera per prevenirne il ripristino sistematico del passato recente (paragrafo 2). Il secondo aspetto delicato consiste nel regime dei trasferimenti, cioè dei "rimpatri semplificati" perché effettuati in deroga alla direttiva 2008/115/CE («Rimpatri»), nello Stato membro da cui provengono gli stranieri privi di titolo di soggiorno: questi vanno in effetti a sostituire le riammissioni informali realizzate nel quadro di accordi bilaterali ai sensi dell'art. 6, par. 3 della direttiva 2008/115/CE, le quali restano a disposizione degli Stati con un ambito di applicazione meglio circoscritto, estraneo alla gestione delle frontiere interne, e si aggiungono ai respingimenti ammissibili in caso di ripristino dei controlli alle frontiere interne *ex art.* 14 del regolamento (UE) 2016/399 (paragrafi 3 e 4). Il terzo aspetto delicato si individua nel massiccio utilizzo di tecnologie al fine di controllare il passaggio delle persone, segnatamente cittadini di Stati terzi visto che il contesto è l'attuazione delle politiche statali sull'immigrazione: se ne analizzeranno il *favor* del legislatore dell'Unione per l'uso delle tecnologie di monitoraggio e sorveglianza ai confini interni e il potenziale ingresso della *facial recognition technology* nel contesto delle riammissioni informali (paragrafo 5), l'impatto delle attività di sorveglianza elettronica generalizzata sull'apparato di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione (paragrafo 6) e sugli obblighi stabiliti a carico degli Stati membri dall'*Artificial Intelligence Act* (paragrafo 7).

2. Il rafforzamento dei controlli di polizia

Sullo sfondo vi è una realtà incontrovertibile, che anima la riforma e ne risulta in effetti rafforzata: i Trattati sull'Unione europea non eliminano le frontiere, ma solo i controlli effettuati al loro passaggio¹⁰. Per quanto concerne le persone, anzi, i Trattati lasciano le frontiere ben salde in quanto gli Stati mantengono ordinamenti giuridici separati, con la conseguenza del permanere della dimensione territoriale nell'applicazione del loro diritto, e provvedono alla salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico ciascuno entro un perimetro circoscritto. Dunque, non sembra coerente criticare la riforma per il motivo che preserva i confini. Nello stesso tempo, è dove-

¹⁰ Significative le parole di D. THYM, *Entry and Border Control*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Monaco, 1016, pp. 31-51, p. 43 : «The abolition of border controls concerns administrative control procedure only and does not establish a universal right to cross the internal borders, in particular with regard to third country nationals», p. 43.

roso sottolineare come la riforma in fin dei conti punti a eliminare la loro *estetica* perché il suo effetto è quello di evitare che essi vengano percepiti da coloro che hanno titolo di passaggio.

Tuttavia, le perplessità suscitate dalla riforma non attengono solo alla “politica” del diritto¹¹. Infatti, il rafforzamento dei “controlli di polizia nelle zone di frontiera” a compensazione dell’eliminazione dei “controlli di frontiera” si scontra con un limite di diritto positivo. I primi, che sono inequivocabilmente fatti salvi dall’art. 23 del Codice Frontiere, sono tuttavia da questo vietati quando abbiano effetto equivalente ai secondi: il che invece è proprio quanto ci si può attendere, visto il loro uso in compensazione. Di qui un’inevitabile tensione che potrà facilmente sfociare in una “crisi dello Stato di diritto”, come si è già rilevato altrove¹². Infatti, i controlli di polizia attinenti all’attuazione delle politiche statali di immigrazione nonché alla salvaguardia della sicurezza pubblica, assolutamente in linea con il Codice Frontiere, risultano in concreto confondibili con controlli aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera, che al contrario sono vietati. Ciò genera il rischio di gravi e continue deviazioni dalla normativa nella realtà della sua attuazione, con inevitabili difficoltà di accertamento a causa della necessità di valutazioni caso per caso, vista la sottigliezza delle differenze.

In termini generali, il rafforzamento dei controlli di polizia è realizzato attraverso una serie di atti diversi dal Codice Frontiere Schengen. In quest’ultimo contesto, il rafforzamento si deve alla disposizione che lega la nuova procedura uniforme di trasferimenti di persone rintracciate nelle zone di frontiere interne, di cui si dirà nel successivo paragrafo, ai «controlli che coinvolgono le autorità competenti di entrambi gli Stati membri nel quadro della cooperazione bilaterale, che può comprendere, in particolare, pattugliamenti congiunti di polizia» (art. 23 *bis*, par. 1, lett. a)). Significa che, per poter usufruire della procedura suddetta, si dovranno organizzare controlli congiunti, inclusi i pattugliamenti di polizia.

È inteso che i pattugliamenti suddetti non potranno avere carattere sistematico e che la loro intensità, frequenza e selettività dovranno essere oggetto di regole attente e limiti precisi: il rischio, diversamente, è che rientrano nel divieto di controlli con effetto equivalente alle verifiche di frontie-

¹¹ V. Anche le considerazioni critiche di M. DE SOMER, *Schengen: Quo Vadis?*, in *European Journal on Migration and Law*, 2020, pp. 178, 197, p. 187.

¹² E. PISTOIA, *Rule of law backsliding within the EU: The case of informal readmissions of third-country nationals at internal borders*, in *European Law Journal* 2024, Volume 30, Issue 1-2, pp. 60-73.

ra¹³. L'art. 23 modificato tenta una codificazione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia. Esso sancisce che l'esercizio del controllo di polizia nelle zone di frontiera interne non ha effetto equivalente al controllo di frontiera se sussistono tre condizioni cumulative: il suo obiettivo non è il controllo di frontiera¹⁴; è condotto sulla base di informazioni di polizia generali; è volto, a contrastare la criminalità transfrontaliera, o a ridurre l'immigrazione irregolare, o a contenere il diffondersi di una malattia infettiva a potenziale epidemico. È facile constatare come la differenza tra l'uno e l'altro (controllo di polizia ovvero controllo – o verifiche – di frontiera), cui corrisponde una disciplina opposta, sia talvolta davvero labile. Infatti, oggetto del controllo di frontiera è se l'interessato sia autorizzato a uscire dal territorio di uno Stato membro o a farvi ingresso (regolamento (UE) 2016/399, art. 2, n. 11); ma lo stesso può evidentemente essere materia di verifica nel quadro di un controllo volto a contrastare l'immigrazione irregolare, come si ammette espressamente nel preambolo¹⁵. Quando ciò avvenga, la distinzione si regge principalmente sulla diversa finalità dei controlli¹⁶, con l'ulteriore complicazione per cui, secondo la Corte di giustizia, i controlli di polizia effettuati anche per verificare il titolo di uscita o di ingresso, oltre che per altre finalità, non sono per ciò stesso controlli di polizia aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera¹⁷.

Un elemento che poteva essere considerato dirimente per qualificare i controlli di polizia come aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera è la loro limitazione alle zone di confine, o l'essere effettuati sui mezzi di trasporto pubblico di carattere transfrontaliero in prossimità della frontiera. La Corte di giustizia ha invece escluso automatismi a favore dell'equivalenza, limitandosi ad ammettere che la localizzazione limitrofa al confine, in particolare su strade o corsi d'acqua nella zona, costituisce un indizio della stessa, da verificare nel contesto di altre circostanze¹⁸.

¹³ Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2012, causa C-278/12 PPU, *Adil*, ECLI:EU:C:2012:508, punto 82.

¹⁴ Questa condizione, enunciata nell'art. 23, lett. a) i), emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: Corte di giustizia, *Adil*, cit., punto 51; Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, punto 71.

¹⁵ Considerando 20, Regolamento (UE) 2024/1717, cit.

¹⁶ Si ricava dalla lettura sistematica dell'Art. 23, lett. a), i), ii) e iii).

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 giugno 2017, causa C-9/16, *A.*, ECLI:EU:C:2017:483 1, punto 47.

¹⁸ Corte di giustizia, *Adil*, cit., punto 70.

3. La “comunitarizzazione” del regime dei trasferimenti dei cittadini di Stati terzi irregolari rintracciati nelle zone di frontiera

La grande novità apportata dal Regolamento (UE) 2024/1717 è l'introduzione di una nuova procedura uniforme finalizzata al trasferimento di persone – cittadini di paesi terzi – rintracciate nelle zone di frontiera interne¹⁹. La procedura è disciplinata nel nuovo art. 23 *bis* e nell'Allegato XII ed è facoltativa²⁰. Essa costituisce una deroga all'art. 6, par. 1, della direttiva 2008/115/CE, c.d. “Rimpatri”²¹, il quale fa obbligo agli Stati di indirizzare ai cittadini di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare «una decisione di rimpatrio». Al suo posto, è emesso un provvedimento di trasferimento (“*transfer decision*” nella versione inglese), da notificarsi al cittadino di Stato terzo interessato attraverso un modello uniforme contenuto nell'Allegato XII, parte B. Il modello uniforme consegnato richiede una firma da parte dell'interessato, il quale deve riceverne un esemplare; in caso di rifiuto della firma, il trasferimento può comunque essere eseguito, salvo menzionare tale rifiuto nell'apposito spazio previsto nel modello²².

All'assenza della decisione di rimpatrio segue la mancata applicazione di tutte le norme di garanzia stabilite nella direttiva²³: la priorità accordata alla partenza volontaria (art. 7), la possibilità di procedere all'allontanamento solo qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria o quando il termine stabilito per quest'ultima sia stato disatteso (art. 8) e il relativo rinvio (art. 9), le garanzie procedurali (articoli 12-14). Neppure si applica la disciplina del trattenimento (articoli 15-18). Invece, secondo l'Allegato XII, parte A, par. 6 del regolamento (UE) 2024/1717, al trasferimento si procede entro 24 ore dal relativo provvedimento, secondo modalità pratiche definite dagli Stati interessati in un quadro bilaterale²⁴. Allo Stato ricevente è fatto obbligo di prendere tutti i provvedimenti ne-

¹⁹ Per un commento della nuova procedura secondo la proposta della Commissione, per alcuni aspetti modificata nella versione adottata, v. V. APATZIDOU, *Schengen Reform: 'Alternatives' to Border Controls to Curb 'Secondary Movements'*, in *European Papers*, 2022, pp. 773-582 nonché, volendo, E. PISTOIA, *Verso la riforma del Codice Frontiere Schengen: Le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, pp. 38-64.

²⁰ Il carattere facoltativo è precisato nel considerando n. 29, oltre a emergere dall'uso dell'ausiliare «potere».

²¹ Lo dispone espressamente l'art. 23 *bis*, par. 2.

²² Allegato XII, parte A, paragrafi 1 e 2.

²³ Sulla funzione di garanzia assoluta dalla Direttiva Rimpatri v. M. MORARU, *EU Return Directive: a cause for shame or an unexpectedly protective framework?*, in P. DE BRUYCKER AND L. TSOURDI (eds), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Londra, 2022, pp. 436-456.

²⁴ Art. 23 *bis*, par. 5.

cessari per accogliere la persona interessata²⁵, salvo procedere anch'esso al suo rimpatrio, nei termini che si vedranno tra poco, se questa risulti priva di titolo di soggiorno.

L'art. 23 bis stabilisce due condizioni per l'applicazione della nuova procedura. Oltre a quella (menzionata nel paragrafo precedente) per cui l'interessato deve essere stato rintracciato durante controlli di polizia di carattere bilaterale, è richiesto che questi provenga direttamente dallo Stato membro confinante²⁶, in cui verrebbe a essere trasferito per l'appunto in esito alla procedura²⁷. Per l'esattezza, l'art. 23 bis, par. 1 lett. b) prescrive che sussistano «chiare indicazioni» che l'interessato sia arrivato «direttamente da un altro Stato membro»²⁸ e che sia privo di diritto di soggiorno nello Stato membro di arrivo.

La nuova procedura verrebbe in concreto a sostituire la prassi dei respingimenti informali, in atto da molti anni in gran parte delle frontiere interne dell'Unione nel quadro degli accordi o intese bilaterali ammessi in deroga alla Direttiva “Rimpatri” grazie al suo art. 6, par. 3²⁹. Questi respingimenti informali sono stati frequentemente oggetto di denuncia per le gravi e ripetute violazioni dei diritti fondamentali cui hanno dato luogo³⁰. Essi sono infatti stati espressione di un'interpretazione molto ampia della deroga *ex art. 6, par. 3*, che a giudizio di chi scrive è in contrasto con la direttiva nonché con la Carta dei diritti fondamentali cui gli Stati sono vincolati *ex art. 51, par. 1* della Carta stessa³¹. Secondo quest'interpretazione, i

²⁵ Art. 23 bis, par. 4.

²⁶ Art. 23 bis, par. 1, lett. b).

²⁷ Art. 23 bis, par. 2. La versione inglese «from which the person arrived» è più chiara dell'italiana «nello Stato membro di arrivo» (che pare addirittura errata).

²⁸ Anche in questo caso sembra più chiara la versione inglese «from the other Member State».

²⁹ I. BARBERO, *A Ubiquitous Border for Migrants in Transit and Their Rights: Analysis and Consequences of the Reintroduction of Internal Borders in France*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, pp. 433-475; I. BARBERO, G. DONADIO, *La externalización interna de las fronteras en el control migratorio en la UE*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 122 (septiembre de 2019), pp. 137-162; I. BARBERO, *The European Union Never got Rid of Its Internal Controls. A Case Study of Detention and Readmission in the French-Spanish Border*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, p. 1 ss.

³⁰ M. ASTUTI, C. BOVE, A. BRAMBILLA, A. LICCI, E.S. RIZZI, U. STEGE, I. STOJANOVA, «Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti». *I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2022.

³¹ Se, infatti, l'art. 6, par. 3 consente agli Stati di derogare alla disciplina della direttiva Rimpatri tramite accordi bilaterali di riammissione già stipulati al tempo della sua entrata in vigore, si ricorda che, per la Corte di giustizia, gli Stati si collocano nell'ambito di applicazione della Carta anche, per l'appunto, quando si avvalgano di un'eccezione stabilita dal

respingimenti venivano effettuati in assenza non solo della decisione di rimpatrio, ma di qualunque provvedimento, e dunque senza alcuna possibilità di opporvisi da parte degli interessati: il che appare del tutto inappropriato se si interpreta l'art. 6, par. 3 alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Neppure venivano applicate le garanzie stabilite in ordine alla compressione del diritto alla libertà personale subita a causa delle modalità del respingimento³². Infine, la norma per cui, in esito al trasferimento senza decisione di rimpatrio grazie all'art. 6, par. 3, «lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il paragrafo 1» era interpretata in modo che quest'ultimo comprendesse non solo l'obbligo di procedere al rimpatrio dopo aver emanato la relativa decisione (prima parte), ma anche la possibilità di applicare la deroga (ultima parte): in tal modo si finiva con il sospendere l'applicabilità della direttiva "Rimpatri" a tutti i cittadini di Stati terzi che superavano i confini interni in modo irregolare, dando vita a quella nota prassi dei respingimenti informali a catena tanto lesiva dei diritti fondamentali e della dignità degli interessati.

Il nuovo art. 23 *bis* e l'Allegato XII sono congegnati per superare le gravi criticità della prassi ricordata: come detto, prevedono un provvedimento di trasferimento da notificare agli interessati; disciplinano il loro diritto a presentare ricorso, precisando che quest'ultimo debba essere effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta e che agli interessati siano fornite indicazioni sui punti di contatto deputati a informare sulle persone che potrebbero agire per loro conto, in una lingua consona³³; puntualizzano che nello Stato membro ricevente si applicano «"tutte" le pertinenti disposizioni della direttiva 2008/115/CE». Non mancano ombre anche cupe, giacché l'effettività del ricorso rischia di risultare pregiudicata dalla prescrizione per cui il procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo³⁴. Si deve comunque riconoscere il tentativo di superare una prassi davvero sciagurata, fornendo un quadro normativo più chiaro.

Guardando ai profili istituzionali, l'introduzione della nuova procedura segna un passo avanti del processo di integrazione perché determina il superamento degli accordi bilaterali di riammissione *ex art. 6, par. 3* della direttiva Rimpatri, cui si doveva frammentarietà e mancanza di trasparenza³⁵. Può ben dirsi che si sia dato luogo alla "comunitarizzazione" della

diritto dell'Unione: Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-544/19, *ECOTEX Bulgaria*, ECLI:EU:C:2021:803, punto 88.

³² Cfr. l'art. 6 della Carta, che secondo la relativa Spiegazione assorbe i contenuti dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

³³ Art. 23 *bis*, par. 3 e Allegato XII, Parte A, par. 5.

³⁴ Art. 23 *bis*, par. 3 *in fine* e Allegato XII, Parte A, par. 5 *in fine*.

³⁵ S. MONTALDO, *La riforma della governance*, cit., p. 30.

procedura di riammissione informale ai confini interni. Per la verità, secondo l'art. 23 *bis*, par. 6, gli accordi e le intese bilaterali che, in deroga all'art. 6, par. 1 della direttiva "Rimpatri", consentono il trasferimento informale dei cittadini di Stati terzi privi di titolo di soggiorno in uno Stato membro allo Stato membro di provenienza, restano comunque applicabili. Il considerando 29 precisa però che essi trovano spazio solo riguardo agli stranieri irregolari rintracciati in zone non di frontiera. Una siffatta "rilocalizzazione" riduce senz'altro il rilievo di questi accordi o intese, anche a causa della riduzione nel numero delle situazioni in cui potrebbero essere applicati. Inoltre, in un contesto territoriale senz'altro caratterizzato da minor tensione rispetto alle aree di confine, si può confidare in una maggiore attenzione alla dignità e ai diritti degli interessati, incluse la possibilità di presentare ricorso e le cautele relative alla restrizione della libertà personale.

È infine importante segnalare che la proposta della Commissione avrebbe revocato la c.d. clausola di sospensione contenuta nell'art. 6, par. 3 della direttiva Rimpatri, che non consente agli Stati membri di stipulare nuovi accordi o intese bilaterali nel cui quadro rinviare reciprocamente i cittadini di Stati terzi privi di titolo di soggiorno senza applicare la direttiva³⁶. Infatti, tali accordi o intese sono esclusivamente quelli esistenti al momento dell'entrata in vigore della direttiva, mentre il nuovo art. 6, par. 3 avrebbe espressamente previsto accordi o intese «nuovi o modificati senza ritardo», da notificarsi alla Commissione unitamente a quelli esistenti. Non solo: la Commissione intendeva predisporre un modello di accordo bilaterale, mettendo insieme le migliori pratiche degli Stati membri, per «creare uno strumento efficiente di gestione degli spostamenti non autorizzati». Questa modifica, che avrebbe ampliato la deroga all'applicazione della direttiva Rimpatri e che era stata avallata dal Consiglio nell'Orientamento generale preso il 9 giugno 2022, è invece scomparsa dal testo finale, come già dalla posizione in prima lettura del Parlamento europeo votata il 24 aprile 2024.

4. Segue. *Trasferimenti e respingimenti ai confini interni in esito al regolamento (UE) 2024/1717 e alla sentenza ADDE*

Mentre si negoziavano le modifiche al Codice Frontiere Schengen, la Corte di giustizia ha avuto modo di occuparsi di un'altra questione relativa alla gestione delle frontiere interne con riferimento ai cittadini di Stati terzi: l'applicabilità, sulla base dell'art. 32 del regolamento (UE) 2016/399,

³⁶ Nell'Allegato XII, Parte B, art. 2 della proposta di regolamento.

della procedura di respingimento stabilita dal suo art. 14 a proposito delle frontiere esterne. Di questa procedura il nuovo art. 23 bis costituisce il calco fedele. Essa si applica a coloro che non hanno varcato la frontiera (esterna), ma vi si siano presentati senza soddisfare i requisiti di ingresso stabiliti nel Codice Frontiere e senza parimenti cadere in alcuna delle eccezioni che quei requisiti consentono di disattendere, ovvero siano stati intercettati all'atto di attraversarla in modo irregolare. L'art. 23 bis riguarda invece i cittadini di Stati terzi che, avendo superato irregolarmente la frontiera (interna), siano stati intercettati nelle sue vicinanze. Di qui l'opportunità di confrontare la nuova disciplina con l'orientamento maturato dalla Corte a proposito dell'art. 14, per ricavarne elementi di valutazione.

La sentenza relativa alla causa C-143/22, *ADDE*, precisa e completa le indicazioni già fornite dalla Corte in precedenti sentenze sul tema dell'estensione alle frontiere interne delle regole stabilite per le frontiere esterne³⁷. Il punto centrale, chiarito già nella sentenza *Affum* e ripreso in *Arib*, è che il cittadino di un Paese terzo che sia entrato irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, e venga intercettato nelle vicinanze della frontiera appena varcata, si trova nell'ambito di applicazione della direttiva Rimpatri³⁸.

Riguardo all'ingresso attraverso una frontiera esterna, questa regola è espressamente sancita nell'art. 13, par. 1, del Codice Frontiere Schengen. Tuttavia, l'art. 2, par. 2 lett. a) della direttiva Rimpatri stabilisce la facoltà di rinunciare a tale direttiva in due situazioni, la cui esatta interpretazione è precisata nella sentenza *Arib*³⁹: quella del cittadino di Stato terzo che si presenti alla frontiera senza titolo per fare ingresso in uno Stato membro, riguardo al quale già il Codice stabilisce, all'art. 14, la disciplina del respingimento⁴⁰, e la situazione in cui il cittadino di Stato terzo sia stato scoperto in occasione dell'attraversamento irregolare di tale frontiera, cui si applica

³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 2023, causa C-143/22, *Association Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE) e altri c. Ministre de l'Intérieur*, ECLI:EU:C:2023:689. Per un commento cfr. F. RONDINE, *Quale regime per l'attraversamento delle frontiere interne in caso di ripristino dei controlli di frontiera?*, in *Questione giustizia*, 1.12.12023.

³⁸ Corte di giustizia, *Affum*, cit., punto 61; Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2019, causa C-444/17, *Arib*, ECLI:EU:C:2019:220, punto 39.

³⁹ Corte di giustizia, *Arib*, cit., punto 42.

⁴⁰ La circostanza che l'art. 14 riguardi cittadini di Stati terzi "che non hanno varcato la frontiera" è inequivocabilmente chiarita dal suo par. 3: «Le guardie di frontiera vigilano affinché un cittadino di Stato terzo oggetto di un provvedimento di respingimento non entri nel territorio dello Stato membro interessato».

per l'appunto l'art. 13⁴¹. Sennonché, queste due situazioni riguardano il passaggio della frontiera esterna: pertanto, l'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva Rimpatri non consente di sottrarre all'ambito di applicazione della direttiva gli ingressi irregolari, tentati o avvenuti, alle frontiere comuni a due Stati membri⁴². Il dubbio insorge a causa dell'art. 32 del Codice Frontiere Schengen, che consente l'applicazione *mutatis mutandis* alle frontiere interne delle «pertinenti disposizioni del titolo II» del Codice in caso di ripristino del controllo di frontiera. Riprendendo le considerazioni sviluppate in *Affum* a proposito della differenza radicale tra la nozione di frontiere esterne e quella di frontiere interne e tra la conseguente finalità delle discipline a esse relative, la sentenza *Arib* si irrigidisce sul dato letterale per cui l'art. 32 apre all'applicazione alle frontiere interne delle sole norme dello stesso Codice Frontiere sulle frontiere esterne, rifiutando di leggere questa disposizione in combinato disposto con l'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva Rimpatri. Siccome l'art. 32 non nomina quest'ultima norma, da esso non può derivare alcuna deroga rispetto alla direttiva⁴³.

In *ADDE* si affronta una questione più specifica: si esamina, cioè, se, in caso di ripristino dei controlli alle frontiere interne, l'applicazione *mutatis mutandis* delle norme sulle frontiere esterne *ex art. 32* si estenda anche al respingimento previsto nell'art. 14. La Corte incentra il proprio ragionamento sulla circostanza per cui il valico di frontiera può trovarsi anche all'interno del territorio di uno Stato membro, con la conseguenza per cui un cittadino di Stato terzo che si presenti al valico *ex art. 14* in effetti viene per l'appunto a trovarsi all'interno del territorio di uno Stato membro: ne deriva, per la Corte, che in principio gli si debba applicare la direttiva Rimpatri⁴⁴. Come già rilevato in *Arib*, l'esenzione messa a disposizione dall'art. 2, par. 2, lett. a) di quest'ultima non si estende ai soggiorni irregolari riconducibili al passaggio di frontiere interne, per il motivo che l'estensione a queste ultime della disciplina sulle frontiere esterne è operata dall'art. 32 del Codice Frontiere con esclusivo riguardo al Titolo II del Codice medesimo⁴⁵. La soluzione individuata a valle di queste considera-

⁴¹ La circostanza che l'art. 13 riguardi invece cittadini di Stati terzi “che hanno attraversato illegalmente la frontiera” emerge dal suo par. 1.

⁴² Corte di giustizia, *Affum*, cit., punto 69; *Arib*, cit. punti 45-47.

⁴³ In particolare Corte di giustizia, *Arib*, cit., punto 62. Sul punto G. CORNELISSE E M. MORARU, *Judicial interactions on the European Return Directive. Shifting borders and the constitutionalisation of irregular migration governance*, in *European Papers*, 2022, pp- 127-149, p. 137.

⁴⁴ Corte di giustizia, *ADDE*, cit., punti 32-22.

⁴⁵ *Ivi*, punti 34-37.

zioni è pertanto ibrida⁴⁶: per respingere a una frontiera comune un cittadino di Stato terzo privo di titoli di ingresso e soggiorno può essere utilizzato un provvedimento di respingimento *ex art. 14* del Codice Frontiere; al contempo, però, all'allontanamento di detto cittadino vanno applicate le norme e le procedure comuni della direttiva Rimpatri.

Le conseguenze della soluzione suddetta non sono di poco conto. Alle frontiere interne, l'art. 14 si riduce così a una particolare tipologia di provvedimento – il respingimento – e al suo regime. Tutti gli elementi caratteristici della procedura di rimpatrio delineata nella direttiva, ricordati nella sentenza⁴⁷, vanno invece applicati: in prima istanza, il carattere volontario dell'allontanamento salvo deroghe ben delineate; l'obbligo di rinvio dell'allontanamento forzato, quando vi si debba ricorrere, nei casi previsti; infine, la possibilità di trattenimento con limiti precisi. Del resto, a norma dell'art. 32 l'art. 14 può essere applicato alle frontiere interne *mutatis mutandis*: quanto muta, in caso di attraversamento irregolare di una frontiera comune, è che il cittadino di Stato terzo interessato si trova nel territorio di uno Stato membro.

Tutto ciò chiarito, la portata dell'art. 23 *bis* e dell'Allegato XII, Parte A, il quale contiene la procedura di trasferimento, sembra meglio comprensibile. Mentre infatti il trattamento degli stranieri che cerchino di passare una frontiera comune senza titolo non corrisponde a una deroga alla direttiva Rimpatri, coloro che siano irregolarmente penetrati oltre la frontiera comune e siano intercettati nelle sue vicinanze nel contesto di controllo bilaterali di polizia sono invece soggetti a una siffatta deroga: ciò grazie all'art. 23 *bis*, par. 2, che lo sancisce esplicitamente, oltre al fatto che l'Allegato XII, Parte A, stabilisce una procedura alternativa. Così, i cittadini di Stati terzi fermati nel quadro di operazioni di polizia bilaterali in una zona di frontiera, dopo l'attraversamento irregolare potranno non beneficiare della procedura di allontanamento volontario, salvo che ricorrano le condizioni delle deroghe previste; il loro eventuale allontanamento forzato potrà non essere procrastinato ove applicabile; il loro eventuale trattenimento non sarà soggetto ai limiti sanciti. Si tratta di un'asimmetria difficilmente giustificabile secondo il principio generale della parità di trattamento, a un doppio livello: quello del confronto tra chi è intercettato alla frontiera e chi appena dopo averla passata, da un lato, e quello del confronto tra disciplina delle frontiere interne e disciplina della frontiera esterna, dall'altro lato. Infatti, la procedura semplificata di allontanamento, deroga-

⁴⁶ Tale situazione è definita «kafkiana» da C. RAUCEA, *Refusal of Entry or Return? The Court's Ambiguous Conclusion in ADDE and Others*, ADiM Blog, Case Law Commentary, December 2023, p. 5.

⁴⁷ Ivi, in particolare i punti 42-43.

toria della direttiva Rimpatri (art. 14 del Codice Frontiere), alla frontiera esterna si applica a chi questa non l'abbia ancora passata; alla frontiera interna, invece, la procedura che le corrisponde (art. 23*bis*) si applica a chi sia riuscito nell'intento e si trovi fuor di dubbio nel territorio di uno Stato membro senza titolo di soggiorno.

5. *Tecnologie di monitoraggio e sorveglianza ai confini interni: il possibile ingresso della facial recognition technology*

Come si è visto, alla luce delle recenti modifiche apportate al «Codice Frontiere Schengen» la regolamentazione delle riammissioni informali alle frontiere interne sembra risultare maggiormente strutturata. L'intento era quello di delineare un quadro giuridico comune rafforzato, che attenuasse il senso di crisi persistente e conducesse all'abbandono di iniziative unilaterali e non coordinate da parte degli Stati membri⁴⁸, nella speranza che queste ultime fossero diretta conseguenza della mancanza di strumenti comuni efficaci. Da un lato resta ferma la regola fondamentale del divieto di controlli di frontiera (e di quelli ad essi equivalenti), rispetto alla quale la possibilità di ristabilire controlli interni costituisce un'eccezione, realizzabile solo in presenza di una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna dello Stato membro⁴⁹, temporaneamente e nel rispetto di precise condizioni⁵⁰; dall'altro, si aggiunge una disposizione appositamente dedicata alla procedura per l'eventuale trasferimento del cittadino di paese terzo rintracciato in zone di frontiera interna⁵¹.

È parso che l'attuale disciplina della procedura informale di riammissione implichi un rafforzamento della cooperazione bilaterale di polizia, quasi a voler "compensare" l'eliminazione delle verifiche di frontiera con un potenziamento dei controlli di polizia⁵². Il campo oggettivo di applicabilità risulta invero circoscritto a due ipotesi⁵³, entrambe incentrate

⁴⁸ Comunicazione della commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Relazione sullo stato di Schengen 2024, COM/2024/173 final, pp. 2-3.

⁴⁹ Considerando 33, Regolamento (UE) 2024/1717, cit.

⁵⁰ Ivi, art. 25, par. 2.

⁵¹ Ivi, art. 23 *bis*.

⁵² Si veda *infra* paragrafo 2.

⁵³ Art. 23, par. 1, lett. a) e b) Regolamento (UE) 2024/1717, cit. È appena il caso di sottolineare come, in entrambi i casi, occorra previamente escludere che il cittadino di Stato terzo abbia diritto a restare sul territorio dello Stato membro procedente quale beneficiario di protezione internazionale o ad altro titolo, cfr. Ivi, art. 23 *bis*, par. 1.

sull'operato delle autorità di polizia a confine⁵⁴. I “controlli” e le “ricerche” di cui alle lettere a) e b) del primo paragrafo dell'art. 23 *bis* rientrano nell'esercizio delle competenze di polizia (o di altri pubblici poteri) da parte delle autorità competenti degli Stati membri e, in tal veste, non contrasterebbero con la regola generale dell'assenza di verifiche alle frontiere interne, enunciata solennemente nella rubrica del Capo I e poi ribadita nel testo del successivo articolo 22 del «Codice Frontiere Schengen». Ciò, almeno finché il concreto esercizio di detti poteri non produca effetti equivalenti alle verifiche di frontiera.

A tal riguardo l'attuale testo dell'articolo 23 invita gli Stati, «se del caso», all'utilizzo delle tecnologie di monitoraggio e sorveglianza «generalmente utilizzate nel territorio»⁵⁵ nazionale a fini di prevenzione delle minacce all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza; la sorveglianza elettronica risulta pertanto *ex lege* ricompresa nell'alveo di quelle misure cui la pubblica autorità potrebbe legittimamente ricorrere nell'esercizio delle menzionate competenze.

Di particolare interesse appare la presunzione di non equivalenza posta dalla medesima disposizione. Fino a prova contraria, l'esercizio di tali poteri da parte delle autorità competenti, sorveglianza inclusa, si presume non equivalente all'esercizio di verifiche di frontiera se le misure adottate soddisfano cumulativamente tre condizioni: i. non abbiano come obiettivo il controllo della frontiera; ii. siano basate su informazioni generali di polizia⁵⁶, sull'esperienza delle autorità competenti in merito a possibili minacce alla sicurezza pubblica o all'ordine pubblico, e siano finalizzate a ridurre l'immigrazione clandestina (o a combattere la criminalità transfrontaliera, oppure ancora a contenere la diffusione di una malattia infettiva con potenziale epidemico); iii. siano concepite ed eseguite in modo chiaramente distinto dai controlli sistematici sulle persone alle frontiere esterne⁵⁷, nonché effettuate sulla base di una previa valutazione del rischio.

In altre parole, il nuovo assetto normativo sulle riammissioni informali consentirà agli Stati membri di effettuare una videosorveglianza generalizzata delle zone di confine interne. E sarebbe piuttosto ingenuo ritenere che l'aspettativa statale dietro l'uso della videosorveglianza si esaurisca nel monitoraggio del flusso ordinato dei viaggiatori, per intercettare eventuali scavalcamenti o comunque ingressi illegittimi; pare ben più verosimile che

⁵⁴ Si veda *infra* paragrafi 2 e 3.

⁵⁵ Art. 23, par. 1, lett. a), Regolamento (UE) 2024/1717, cit.

⁵⁶ Se l'obiettivo è contenere la diffusione di una malattia infettiva possono altresì basarsi su informazioni di sanità pubblica.

⁵⁷ Anche quando sono condotti presso gli snodi di trasporto o direttamente a bordo dei servizi di trasporto passeggeri.

le attività di monitoraggio saranno effettuate avvalendosi di tecnologie di riconoscimento facciale⁵⁸, con l'intento di arrivare, per ulteriore via, ad individuare i soggetti non legittimati ad attraversare la frontiera interna⁵⁹. Le immagini acquisite potranno infatti confluire nelle banche dati di riferimento, nazionali e dell'Unione, oltre a poter costituire di per sé «chiara indicazione», ai sensi dell'art. 23 *bis*, par. 1, lett. b), della provenienza da altro Stato membro del cittadino di Stato terzo, ai fini dell'emissione di un provvedimento di trasferimento.

Le tecnologie di riconoscimento facciale consentono infatti di identificare i volti degli individui sottoposti a monitoraggio e di verificare se gli stessi risultino già presenti nelle banche dati di riferimento. Un uso proficuo di questo tipo di tecnologie risulta pertanto strettamente connesso alla tematica dello scambio automatizzato di dati per la cooperazione di polizia; non a caso, le modifiche al «Codice Frontiere Schengen» sono state proposte parallelamente agli emendamenti del regolamento sullo scambio automatizzato di dati per la cooperazione di polizia, cosiddetto «Prüm II»⁶⁰. Com'è noto, questi dati sono raccolti e conservati in sei diversi sistemi d'informazione: tre sono già operativi (il Sistema d'informazione Schengen – SIS, il Sistema d'informazione visti – VIS e il sistema Eurodac), mentre gli altri tre sono in fase di sviluppo (il Sistema di ingresso/uscita – EES, il Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi – ETIAS e il sistema centralizzato per l'identificazione degli Stati membri che detengono informazioni sulle condanne di cittadini di Paesi terzi e apolidi, sistema

⁵⁸ Attraverso la *facial recognition technology* (di seguito anche *FRT* o *FRTs*) è infatti possibile rilevare il volto di un determinato individuo all'interno di un'immagine, comparare quel volto con altre immagini presenti in un database di riferimento allo scopo di verificarne l'identità, ed infine «categorizzare» quel viso, in base all'età, all'etnia, o persino in base alle espressioni facciali che denotano lo stato emotivo di una persona, operazioni che fino ad oggi richiedevano il diretto intervento umano e che, pertanto, mal si prestavano ad essere replicate sistematicamente e su vasta scala.

⁵⁹ A tale riguardo occorre ricordare tentativi non rassicuranti di ripristinare alcune frontiere interne. Si pensi al riguardo alla barriera costruita dalla Slovenia lungo il confine con l'Austria e a quella che l'Ungheria aveva cominciato a costruire nel 2015 sul confine con la Slovenia, salvo poi interrompere i lavori a seguito dei negoziati che hanno portato all'accordo bilaterale tra i due Stati. Più ampiamente sul punto, E. PISTOIA, *Verso la riforma del Codice Frontiere Schengen*, cit., p. 39.

⁶⁰ Regolamento (UE) 2024/982 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024 sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di polizia e che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio (regolamento «Prüm II») in GU Serie L, 2024/982, 5.4.2024.

ECRIS-TCN)⁶¹; peraltro, l'avvenuto aggiornamento della banca dati Eurodac, obiettivo corrispondente ad uno dei fascicoli legislativi costituenti il Patto sulla migrazione e l'asilo, ha comportato un ampliamento delle tipologie di dati in essa raccolti, ad oggi per l'appunto ricomprendenti le immagini facciali.

Il potenziale sfruttamento delle tecnologie di riconoscimento facciale nel contesto delle riammissioni informali non può che destare preoccupazione, data la vulnerabilità dei soggetti che ne sono protagonisti e l'alto margine di inaffidabilità delle stesse: si pensi, banalmente, all'ipotesi in cui gli esiti erronei dell'uso della *FRT* conducano all'emissione di un provvedimento di trasferimento, la cui eventuale impugnazione da parte del migrante non produce effetto sospensivo⁶².

La prassi ha invero offerto ampia prova degli errori che possono derivare dai processi di identificazione o di comparazione nei confronti degli individui i cui volti sono sottoposti a riconoscimento. Ci si riferisce ai cosiddetti "falsi positivi", quando il sistema individua come "faccia" qualcosa che faccia non è; ovvero ai "falsi negativi", quando il sistema non rileva un volto pur presente all'interno di un'immagine⁶³. Sono stati poi registrati casi di *false matches*, quando il sistema combina volti che appartengono a persone diverse (per i motivi più vari, ad esempio la minore nitidezza di una delle due immagini), e di *false mismatch* quando il sistema non riconosce la stessa persona, magari per via della distanza di tempo intercorrente tra la rispettiva acquisizione delle immagini messe a confronto⁶⁴.

⁶¹ Tutti questi sistemi informativi sono collegati tra loro attraverso il quadro di interoperabilità stabilito dal regolamento (UE) 2019/817 e dal regolamento (UE) 2019/818. Per approfondimenti: Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, 2018, disponibile online; N. VAVOULA, *The 'Puzzle' of EU Large-Scale Information Systems for Third-Country Nationals: Surveillance of Movement and Its Challenges for Privacy and Personal Data Protection*, in *European Law Review* 2020, pp. 348-372; N. VAVOULA, *Artificial intelligence (AI) at Schengen borders: automated processing, algorithmic profiling and facial recognition in the era of techno-solutionism*, in *European Journal of Migration and Law* 2021, 23, pp. 457-484; C. BLASI Casagran, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, 2021, 21, pp. 433-457; N. VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*, Leiden, 2022; F. TASSINARI, *Data Protection and Interoperability in EU External Relations. Guaranteeing Global Data Transfers in the Area of Freedom, Security and Justice*, Leiden, 2024.

⁶² Art. 23 *bis*, par. 3, Regolamento (UE) 2024/1717, cit.

⁶³ T. MADIEGA, H. MILDEBRATH, European Parliamentary Research Service (EPRS), *Regulating facial recognition in the EU*, 15 settembre 2021, p. 3, disponibile online.

⁶⁴ Ivi, pp. 13-14.

In generale, le tecnologie di riconoscimento facciale presentano un basso margine di accuratezza nel riconoscere i volti di persone di colore, soprattutto quelli femminili⁶⁵. Ed è pacifica la potenziale eludibilità delle *FRTs* da parte dei consociati: al riguardo, sembrerebbe essere sufficiente che il soggetto indossi del semplice *make-up* sul volto per ingannare le tecnologie attualmente disponibili⁶⁶. Per bene intendere gli effetti deleteri che da siffatta tecnologia potrebbero derivare, si pensi al caso in cui la *FRT* venga utilizzata allo scopo di regolare l'accesso ad un *gate* aeroportuale⁶⁷ o con la finalità di identificare un criminale sulla base di milioni di foto segnaletiche⁶⁸.

Ciononostante, la *facial recognition technology* ha avuto una diffusione esponenziale nell'ultimo decennio, oltre che capillare, sia ad opera di attori pubblici che privati, investendo i settori più vari. Si è avuto modo di sottolineare⁶⁹ come anche gli Stati membri dell'Unione europea vi abbiano fatto ampio ricorso. A mero titolo esemplificativo: in Spagna, una nota catena di supermercati aveva iniziato ad utilizzare telecamere dotate di tecnologie di riconoscimento facciale – raccogliendo i dati biometrici di migliaia di clienti, minori compresi, nonché degli stessi dipendenti – con il fine ultimo di impedire l'accesso a chi avesse determinati precedenti penali (attività interrotta solo a seguito di un'importante sanzione da parte della nazionale autorità garante della *privacy*); in Germania, la questura di Colonia ha installato ventisei telecamere – dotate di *FRT* in tempo reale – intorno alla sta-

⁶⁵ T. MADIEGA, H. MILDEBRATH, *Regulating facial recognition in the EU*, cit., p. 7.

⁶⁶ N. GUETTA, A. SHABTAI, I. SINGH, S. MOMIYAMA, Y. ELOVICI, *Dodging Attack Using Carefully Crafted Natural Makeup*, 2021, disponibile online.

⁶⁷ «A recent report on facial recognition technology deployed in border crossing contexts, such as airports, notes that despite the fact that even the best algorithms misrecognize black women twenty times more often than white men, the use of these technologies is increasing globally. As that report notes, “where facial recognition is applied as a gate-keeping technology, travellers are excluded from border control mechanisms on the basis of race, gender and other demographic characteristics (e.g. country of origin)”. The frequent results of this differential treatment include perpetuation of negative stereotypes, and even prohibited discrimination which for asylum seekers might lead to refoulement», E. TENDAYI ACHIUME, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, 10 novembre 2020, A/75/590, p. 6.

⁶⁸ «Discriminatory law enforcement practices were highlighted following the murder of George Floyd by the Minneapolis PD. Black Americans are more likely to be arrested and incarcerated for minor crimes than White Americans. Consequently, Black people are overrepresented in mugshot data, which face recognition uses to make predictions», A. NAJIBI, *Racial Discrimination in Face Recognition Technology*, 24 ottobre 2020, disponibile online.

⁶⁹ F. DI MATTEO, *La riservatezza dei dati biometrici nello Spazio europeo dei diritti fondamentali: sui limiti all'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies 2023*, p. 74 ss., pp. 77-78.

zione e alla cattedrale principale della città, sottoponendo centinaia di migliaia di metri quadrati di territorio locale alla sorveglianza elettronica⁷⁰; in Olanda, telecamere dotate di riconoscimento facciale sono state utilizzate durante i festeggiamenti del Carnevale ed altri eventi pubblici⁷¹; in Irlanda la *FRT* è stata utilizzata per prevenire frodi nel campo dei benefici previdenziali ed assistenziali; infine, in Francia, alcune telecamere munite di *FRT* sono state applicate all'esterno di scuole secondarie di secondo grado a Marsilia e a Nizza, allo scopo di prevenire furti ed accessi abusivi, fino all'annullamento dal parte del giudice amministrativo francese dei provvedimenti municipali che ne autorizzavano l'uso.

Poiché la *facial recognition technology* è già “generalmente utilizzata” dagli Stati membri all'interno dei propri territori, non coglierebbe di sorpresa l'estensione del suo utilizzo alle zone di confine interne, dal momento che le ultime modifiche al «Codice Frontiere Schengen» consentono espressamente agli Stati di esercitare i propri poteri di controllo in tali aree attraverso l'uso delle «tecnologie di monitoraggio e sorveglianza generalmente utilizzate nel territorio per far fronte a minacce alla sicurezza pubblica o all'ordine pubblico».

6. Sulla dubbia legittimità dell'uso estensivo della sorveglianza elettronica alla luce del quadro normativo di riferimento nel diritto dell'Unione europea

Sembra ragionevole rilevare un *favor* del legislatore dell'Unione per l'uso di tecnologie di monitoraggio e sorveglianza ai confini interni, tanto che (solo) di esse è stata fatta esplicita menzione in seno alla disposizione sulle possibili forme di verifiche interne⁷².

⁷⁰ «This area, together with the Breslauer Platz behind the main station, presents itself as a high level surveillance network covering an area of approx. 300,000 to 360,000 square meters. Prior to the installation of the biometric ready video cameras, available statistical data evidenced that crime was declining in the area. However, notwithstanding the downward trend of crime, the use of video surveillance is increasing [...]. For example, in addition to pedestrians, cyclists, cars (including license plates, which are not pixelated), GP practices, pharmacies, law firms, and places of worship are all in view of this surveillance. These areas include Rudolf Platz,14 which hosts a number of LGBT+ venues, and other areas, including Breslauer Platz, which host places of worship», L. MONTAG, R. MCLEOD, L. DE METS, M. GAULD, F. RODGER, M. PEŁKA, *The Rise and rise of biometrics mass surveillance in the EU, A legal analysis of biometrics mass surveillance practices in Germany, the Netherlands, and Poland*, EDRI – European Digital Rights, 7 luglio 2021, p. 20, disponibile online.

⁷¹ Ivi, pp. 77.

⁷² Art. 23.

Del resto, i poteri di controllo da parte di forze di polizia o di altri poteri pubblici delle zone di confine interne, che sono a tutti gli effetti parte del territorio statale, risultano anzitutto soggette alla normativa nazionale: in linea di principio, la videosorveglianza è solo uno dei possibili strumenti cui lo Stato membro può legittimamente optare nell'esercitare tali poteri, almeno fintantoché essa resti coerente con uno spazio privo di controlli alle frontiere interne.

Laddove infatti l'attività di sorveglianza si estenda all'intera area di confine e sia generalizzata - riguardi, cioè, "chiunque" si presti ad attraversare, o effettivamente attraversi, il confine interno - la stessa rischia di risultare incompatibile con il menzionato divieto di controlli ad effetto equivalente alle verifiche di frontiera. E ciò, a prescindere dalla circostanza che detta sorveglianza venga effettuata avvalendosi di tecnologie di riconoscimento facciale.

Si è detto, infatti, che il *discrimen* tra controlli di polizia legittimi e controlli vietati (quelli in concreto equivalenti a verifiche di frontiera) è stato sovente ravvisato dalla Corte di Giustizia nel carattere non sistematico dei primi, nella loro minore intensità e frequenza, nonché nella loro necessaria selettività⁷³. Caratteristiche, tutte, difficilmente conciliabili con le tecnologie di sorveglianza in sé e per sé considerate. In tale ottica, appare pertanto ossimorica la presunzione di non equivalenza delle stesse prevista dall'art. 23, posto che una delle condizioni da rispettare è che le misure siano ideate ed eseguite in maniera chiaramente distinta dalle verifiche "sistematiche" sulle persone alle frontiere esterne.

Ciò premesso, sull'assunto che l'aspettativa statale dietro l'uso della videosorveglianza ai confini interni non si limiterà al passivo monitoraggio del flusso ordinato dei viaggiatori e che, anzi, le attività di monitoraggio saranno effettuate avvalendosi di tecnologie di riconoscimento facciale, sembra utile esaminare l'impatto di tale ultima tecnologia sull'apparato di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione.

Sul punto, va detto che qualsiasi applicazione di *FRT* costituisce un trattamento di dati personali sensibili (biometrici, per l'esattezza); ad essa, pertanto, può ritenersi estendibile tutto l'*acquis* normativo, internazionale⁷⁴ ed europeo, relativo alla tutela dei dati personali.

⁷³ Cfr. *infra* p. 6.

⁷⁴ A livello internazionale, si ritiene che le disposizioni a tutela del diritto alla *privacy* contenute nei principali trattati sui diritti dell'uomo - *in primis* il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo - siano astrattamente invocabili per far fronte (anche) alle conseguenze dell'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale; ciò, malgrado il fatto che, al tempo della loro formulazione, taluni problemi derivanti dall'utilizzo di determinati strumenti di *artificial intelligence* non fossero ancora prospettabili. La compatibilità della raccolta massiva di immagini personali tipica dei siste-

Qui basti evidenziare che, quali emanazioni settoriali degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, sia il Regolamento Generale sulla protezione dei dati personali⁷⁵ che la direttiva 2016/680 sulla protezione dei dati personali nelle attività di polizia e giudiziarie⁷⁶ (d'ora innanzi, "Direttiva Polizia") risultano astrattamente applicabili al fenomeno della *FRT*, occupandosi, entrambi gli strumenti citati, del trattamento automatizzato e manuale di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi⁷⁷. Mentre la Direttiva Polizia costituisce un regime normativo specifico per le ipotesi in cui la pubblica autorità (o il privato incaricato di esercitare poteri pubblici) utilizzi dati personali allo scopo di prevenzione, indagine, accer-

mi di riconoscimento facciale può poi essere valutata alla luce della cd. Convenzione n. 108 (Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 28 gennaio 1981), strumento di diritto internazionale pattizio a carattere regionale specificamente dedicato alla materia della protezione dei dati personali, ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione europea ed aperto all'adesione di Stati che non sono parte del Consiglio d'Europa. È noto come la Convenzione n. 108 si applichi a tutti i trattamenti automatizzati di dati personali, nel settore pubblico e privato – in tale ambito, anche a quelli effettuati da autorità giudiziarie e di polizia; essa detta regole specifiche per il trattamento delle categorie 'speciali' di dati a carattere personale – tra i quali, per quanto non espressamente indicati, si ritiene di dover includere i dati biometrici, almeno nelle ipotesi in cui vengano impiegati ai fini del riconoscimento univoco degli individui – che «non possono essere elaborati automaticamente» (art. 6) a meno che lo Stato interessato assicuri adeguate garanzie, aggiuntive rispetto alle salvaguardie già previste in linea generale dalla Convenzione per il trattamento di qualsiasi dato personale (art. 5). Dell'appena ricordato trattato è stato peraltro di recente proposto un importante aggiornamento, il protocollo di emendamento del 2018, meglio noto come "Convenzione 108 +" (Protocollo di emendamento alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, Strasburgo, 10 ottobre 2018). Il processo di modernizzazione si è svolto in parallelo rispetto alla complessiva riforma delle regole dell'Unione europea sulla *data protection* ed è possibile riscontrare molti punti di contatto, in termini contenutistici, con la disciplina prevista dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali 2016/679. Per approfondimenti, F. DI MATTEO, *La riservatezza dei dati biometrici*, cit., pp. 82-88.

⁷⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in GUUE L 119 del 4 maggio 2016, pp. 1-88. Di seguito anche "RGPD" o "Regolamento generale sulla protezione dei dati personali".

⁷⁶ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in GUUE L 119 del 4 maggio 2016, pp. 89-131.

⁷⁷ Art. 2, Direttiva Polizia; art. 2, par. 1, Regolamento generale sulla protezione dei dati personali.

tamento, perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali, il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali offre il quadro normativo *de residuo*, essendo applicabile a tutte le ipotesi in cui i dati personali vengano raccolti per finalità diverse da quelle della Direttiva Polizia. Ne consegue che, mentre un trattamento di dati biometrici da parte delle autorità competenti a fini rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva Polizia può essere autorizzato purché sia strettamente necessario, soggetto a garanzie adeguate e previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro, ciò non avviene necessariamente nel caso di un trattamento di questi stessi dati rientrante nell'ambito di applicazione del RGPD⁷⁸.

Come si approfondirà nel prosieguo, oggi il Regolamento sull'intelligenza artificiale⁷⁹ (anche noto come *AI Act*) si aggiunge al quadro normativo di riferimento; esso dedica apposite disposizioni ai sistemi di intelligenza artificiale che presentano rischi significativi per il rispetto dei diritti fondamentali. Prima di esaminare le specifiche norme ivi previste, sembra peraltro necessario soffermarsi sui principi basilari contenuti nei precedenti due atti di diritto derivato, che restano tuttora rilevanti.

Sia il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali che la Direttiva Polizia⁸⁰ prevedono che il trattamento di immagini finalizzato al riconoscimento di un volto debba risultare lecito, corretto e trasparente, perseguire finalità determinate, esplicite e legittime, nonché rispettare i requisiti di minimizzazione e accuratezza dei dati, limitazione della loro conservazione nel tempo, sicurezza e responsabilizzazione.

Affinché un trattamento di dati personali possa dirsi lecito è anzitutto necessario che i dati siano stati raccolti sulla base di un fondamento valido, ai sensi dell'art. 6 RGPD o dell'art. 8 Direttiva Polizia, a seconda del tipo di trattamento. Ma nel contesto della *facial recognition technology* i dati personali elaborati sono dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica e, quindi, dati sensibili *ex art. 9 RGPD*, sicché il loro trattamento è considerato in linea di principio vietato⁸¹, salvo che ricorra

⁷⁸ Sui rispettivi ambiti di applicazione, cfr. Corte giust., sentenza del 26 gennaio 2023, *V.S. c. Ministerstvo na vatreshnite raboti e altri*, causa C-205/21, punto 63.

⁷⁹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale) in GU L del 12 luglio 2024.

⁸⁰ Art. 5, RGPD; art. 4, Direttiva Polizia.

⁸¹ Art. 9, par. 1, RGPD: «È “vietato” trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, “dati biometrici intesi a identificare in modo univo-

una delle rigide condizioni specificate nei paragrafi successivi della disposizione medesima⁸²; così pure nel campo di applicazione della Direttiva Polizia, ove se ne prescrive l'autorizzabilità «solo se strettamente necessario»⁸³. A più forte ragione sono vietate le decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato di dati sensibili, salvo che gli stessi siano stati acquisiti dietro esplicito consenso (art. 9, par. 2, lett. a) o per motivi di interesse pubblico (art. 9, par. 2, lett. g) e siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato⁸⁴. Si richiede poi, sempre in punto di liceità, che il trattamento avvenga in modo corretto⁸⁵ e trasparente nei confronti della persona fisica interessata⁸⁶.

Il trattamento di immagini finalizzato al riconoscimento di un volto dovrà poi perseguire finalità determinate, esplicite e legittime. Sul punto ricordiamo che la *FRT* è caratterizzata da un altissimo rischio di “function creep”⁸⁷, cioè un pericolo di deviazione dallo scopo inizialmente dichiarato della raccolta di dati personali. Occorre pertanto che i sistemi dotati di *FRT* includano salvaguardie ulteriori o comunque idonee a prevenire utilizzi per finalità non autorizzate dagli interessati⁸⁸. Infine, con riferimento al rispetto dei principi di minimizzazione⁸⁹, accuratezza⁹⁰, limitazione della

co una persona fisica”, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona» (enfasi aggiunta).

⁸² Art. 9, par. 2, RGPD.

⁸³ Art. 10 Direttiva Polizia.

⁸⁴ Art. 22, par. 4, RGPD; art. 11, par. 2, Direttiva Polizia.

⁸⁵ È stato sottolineato come il principio di correttezza del trattamento non debba essere considerato un *minus* rispetto ai principi di trasparenza o di liceità, avendo al contrario un proprio specifico significato. Si legga, G. MALGIERI, *The concept of Fairness in the GDPR: a linguistic and contextual interpretation*, in *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 27-30 gennaio 2020, Barcellona, pp. 154-166, p. 162.

⁸⁶ Beninteso, questo non impedisce alle autorità incaricate dell'applicazione della legge di svolgere operazioni di infiltrazione o videosorveglianza, purché siano previste dalla legge e costituiscano una misura necessaria e proporzionata in una società democratica. Cfr. Art. 13, par. 3, Direttiva Polizia.

⁸⁷ L. HOUWING, *Stop the Creep of Biometric Surveillance Technology*, in *European Data Protection Law Review*, 2020, pp. 174-177, p. 176: «A concern we have about calling for new regulation addressing biometric surveillance in the public space, is that we will not be able to contain the use. The call for regulation is a call for a limited legal basis for the deployment of this extremely invasive technology. History has taught us never to underestimate a good function creep».

⁸⁸ Il principio della limitazione delle finalità – cristallizzato nell'art. 8, par. 2, della Carta, nonché nell'art. 5, par. 1, lettera b), RGPD e nell'art. 4, par. 1, lett. b), della Direttiva Polizia – richiede che i dati personali siano trattati solo per finalità specifiche, esplicitamente definite, e che, una volta raccolti, essi non vengano trattati in modo incompatibile con tali finalità o addirittura per altri scopi.

⁸⁹ Art. 5, par. 1, lett. c), RGPD; art. 4, par. 1, lett. c), Direttiva Polizia.

⁹⁰ Art. 5, par. 1, lett. d), RGPD; art. 4, par. 1, lett. d), Direttiva Polizia.

conservazione nel tempo⁹¹, sicurezza⁹² e responsabilizzazione⁹³, va detto che gli utilizzi più rilevanti di tale tecnologia implicano la raccolta, talvolta anche in tempo reale, di una quantità considerevole ed indiscriminata di immagini che vengono conservate dal sistema di riferimento, spesso rendendone quasi impossibile l'aggiornamento o la rettifica. A ciò devono aggiungersi i menzionati errori che possono derivare dai processi di identificazione o di comparazione dei volti umani, nonché i rischi legati alle intrusioni abusive nei *database* e agli usi illeciti delle immagini ivi presenti (si pensi, uno per tutti, al caso *Clearview*⁹⁴).

Le suesposte considerazioni devono ritenersi altresì valide per i citati sistemi informativi su larga scala dell'Unione europea, oggi peraltro ispirati dalla logica dell'interconnessione⁹⁵, strutturati in *database* centralizzati gestiti dall'Unione ma accessibili a Stati membri, istituzioni ed agenzie⁹⁶. Tali sistemi sono tutti caratterizzati dalla raccolta di una enorme mole di dati personali e la chiara tendenza è quella di sviluppare nuove funzionalità che rendano sempre più efficaci i processi di identificazione: difatti, è stato rilevato un "function creep" dei sistemi informativi dell'Unione europea, nel senso di un'espansione del loro ambito e delle loro funzioni (che in alcuni casi ha condotto alla loro sovrapposizione), o comunque di un ampliamento rispetto alla loro missione originaria⁹⁷. Si pensi, uno per tutti, all'evoluzione del Sistema d'informazione Schengen – SIS, che dal 2013 raccoglie anche le impronte digitali, dal 2018 prevede un sistema automatico per il loro riconoscimento, dal 2023 ha ampliato la propria banca dati

⁹¹ Art. 5, par. 1, lett. e), RGPD; art. 4, par. 1, lett. e), Direttiva Polizia.

⁹² Art. 5, par. 1, lett. f), RGPD; art. 4, par. 1, lett. f), Direttiva Polizia.

⁹³ Art. 5, par. 2, RGPD.

⁹⁴ Clearview AI Inc. è nota per aver creato un motore di ricerca finalizzato al riconoscimento facciale (*facial recognition search engine*) che mette a disposizione di forze di polizia e agenzie governative interessate, dietro corrispettivo. La Società ha formato un database di oltre 30 miliardi di immagini attraverso tecniche di *web scraping*, cioè estraendo immagini da *social network*, blog e, in generale, da siti web che mettano a disposizione del pubblico video o fotografie. Con ordinanza ingiunzione del 10 febbraio 2022, il garante per la protezione dei dati personali italiano ha comminato una sanzione di 20 milioni di euro alla società statunitense, dichiarando l'illiceità del trattamento di dati personali dalla stessa effettuato, in violazione degli artt. 5, par. 1, lett. a), b) ed e), 6, 9, 12, 13, 14, 15 e 27, RGDP.

⁹⁵ N. VAVOULA, *Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Rights to Privacy and Personal Data Protection of Third-Country Nationals?*, in *European Public Law*, 26, 1, 2020, p. 131.

⁹⁶ G. MOBILIO, *Facial recognition technologies and the next frontiers of interoperability*, in *MediaLaws*, 13 settembre 2023, disponibile online.

⁹⁷ M. TZANOU, "The EU as an emerging 'Surveillance Society': The function creep case study and challenges to privacy and data protection", in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 4, 3, 2010, pp. 407 ss.

con ulteriori dati biometrici finalizzati a confermare e verificare l'identità delle persone registrate nel sistema (fotografie, impronte palmari, addirittura registrazioni dei profili del DNA in relazione alle persone scomparse).

Sembrerebbe peraltro che le tecnologie di riconoscimento facciale saranno integrate in tutti i sistemi informativi dell'Unione, tranne uno (il Sistema europeo di autorizzazione ai viaggi)⁹⁸.

7. Segue. *Gli obblighi incombenti sugli Stati membri sorveglianti alla luce dell'AI Act*

Al quadro normativo sinora descritto deve aggiungersi il recente regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale⁹⁹. È noto che tale atto si rivolge a diverse tipologie di destinatari, tutti a vario titolo coinvolti nell'uso dell'intelligenza artificiale¹⁰⁰, comprese le autorità pubbliche degli Stati membri¹⁰¹. Pertanto, l'utilizzo da parte della autorità di frontiera delle tecnologie di monitoraggio e sorveglianza, tanto ai confini interni quanto nella restante parte del territorio nazionale, dovrà essere conforme alle disposizioni in esso contenute.

Il Regolamento si caratterizza per un approccio normativo "basato sul rischio": la regolamentazione dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale è distinta a seconda delle caratteristiche del sistema specificamente utilizzato, con particolare riferimento alla potenzialità di lesione dei diritti e delle libertà fondamentali che esso comporta. In tale ottica, viene anzitutto delineata la disciplina delle pratiche di intelligenza artificiale vietate e quella dei sistemi ad "alto rischio". Per questi ultimi il regolamento propone l'imposizione del rispetto di una serie di requisiti obbligatori¹⁰²: *inter alia* l'ottenimento di una valutazione di conformità *ex ante*, prima che il sistema venga immesso sul mercato¹⁰³, il monitoraggio successivo

⁹⁸ C. DUMBRAVA, *Artificial Intelligence at EU borders. Overview of applications and key issues*, European Parliamentary Research Service, giugno 2021, disponibile online, p. 14.

⁹⁹ V. *supra* nota 70; d'ora innanzi anche "AI Act". Per alcuni approfondimenti: C. SCHEPISI, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2022, 1, pp. 41-66; S. VILLANI, *Il sistema di vigilanza sull'applicazione dell'AI Act: ognun per sé?*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, 2, pp. 1 – 20; E. CIRONE, *L'AI Act e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, 2, pp. 1-20.

¹⁰⁰ Art. 2, *AI Act*.

¹⁰¹ Sono invece escluse le autorità pubbliche di Stati terzi, *ivi*, art. 2, par. 4.

¹⁰² *Ivi*, artt. 8-27.

¹⁰³ *Ivi*, art. 43.

all'immissione stessa¹⁰⁴, nonché un *fundamental rights impact assessment*¹⁰⁵, di cui si dirà. Per i sistemi ritenuti meno rischiosi, viene sostanzialmente suggerita l'imposizione di obblighi minimi di trasparenza, soprattutto di tipo informativo¹⁰⁶.

Le pratiche di intelligenza artificiale vietate sono invece ben poche, e non tutti i divieti presentano carattere di assolutezza. Giova menzionare a titolo esemplificativo il divieto di *social scoring*¹⁰⁷, i sistemi di intelligenza artificiale “manipolatori”¹⁰⁸, quelli che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante *scraping* da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso, nonché i sistemi di riconoscimento delle emozioni, che sono vietati solo “nell’ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione”¹⁰⁹ (quindi l’*emotion recognition* alla frontiera è consentito, costituendo al più pratica di intelligenza artificiale “ad alto rischio”).

Ai nostri fini appare particolarmente interessante il divieto, invero relativo, dell’uso dei sistemi di identificazione biometrica remota a fini di attività di contrasto in spazi accessibili al pubblico e “in tempo reale”. Alla luce dell’*AI Act*, i sistemi di identificazione biometrica remota possono essere utilizzati per attività di contrasto, anche in spazi aperti e nella più temuta modalità *live*, se e nella misura in cui il loro utilizzo venga ritenuto strettamente necessario per il raggiungimento di uno dei seguenti obiettivi: la ricerca mirata di vittime di talune fattispecie criminose (sottrazione, tratta o sfruttamento sessuale di esseri umani e sequestro di minori scomparsi);

¹⁰⁴ Ivi, art. 72.

¹⁰⁵ Ivi, art. 27.

¹⁰⁶ Ivi, art. 50.

¹⁰⁷ I sistemi di intelligenza artificiale che consentano la valutazione o la classificazione dell’affidabilità di persone fisiche mediante l’attribuzione di un punteggio sociale da cui possano dipendere trattamenti pregiudizievoli o sfavorevoli da parte della pubblica autorità. Ivi, art. 5, par. 1, lett. c. Il fenomeno del *social scoring* è particolarmente noto a seguito dell’iniziativa della Repubblica Popolare Cinese di creare un sistema nazionale volto a classificare la reputazione dei propri cittadini, cd. sistema di credito sociale. Facendo le dovute distinzioni in termini di entità ed estensione, alcuni enti locali italiani sono finiti sotto la lente del Garante in virtù di iniziative basate su meccanismi di *scoring* associati a comportamenti “virtuosi” del cittadino. Sul punto, si veda Garante per la protezione dei dati personali, Comunicato stampa, “*Cittadinanza a punti*”: *Garante privacy ha avviato tre istruttorie. Preoccupanti i meccanismi di scoring che premiano i cittadini “virtuosi”*, 8 giugno 2022.

¹⁰⁸ Quelli che, attraverso tecniche subliminali, appaiono in grado di agire su una persona inconsapevole, distorcendone il comportamento, procurando un danno significativo, fisico o psicologico, alla stessa o agli altri. Ivi, art. 5, par. 1, lett. a; ciò vale anche per il caso in cui non vengano applicate tecniche subliminali ma i soggetti interessati appartengano ad un gruppo di persone vulnerabili (per età, per disabilità o una specifica situazione sociale o economica), v. art. 5, par. 1, lett. b, *AI Act*.

¹⁰⁹ E nemmeno in quell’ambito, se destinati ad essere messi in funzione o immessi sul mercato per motivi medici o di sicurezza. Ivi, Art. 5, par. 1, lett. f.

la prevenzione di una minaccia specifica e imminente per l'incolumità delle persone o di un attacco terroristico; la localizzazione e l'identificazione dei presunti responsabili di un reato «ai fini dello svolgimento di un'indagine penale, o dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione penale per i reati di cui all'allegato II»¹¹⁰. Ciò subordinatamente al rilascio, da parte di un'autorità amministrativa indipendente o giudiziaria dello Stato membro in cui deve avvenire l'uso, di un'autorizzazione preventiva che, in situazioni di urgenza debitamente giustificata, può anche intervenire in un tempo successivo, al più tardi entro 24 ore¹¹¹.

Sicché, un'ampia gamma di tecnologie di riconoscimento facciale, in tempo reale o in differita, utilizzate dalle autorità pubbliche per scopi “diversi dalle attività di contrasto” (come, per l'appunto, il controllo delle frontiere) parrebbe di fatto consentita¹¹²; lo stesso deve dirsi per l'utilizzo in tempo reale della *FRT* in spazi accessibili al pubblico da parte di soggetti privati¹¹³, purché essa venga effettuata nel rispetto dei requisiti richiesti ai sistemi di intelligenza artificiale “ad alto rischio”.

Non è dubbio, infatti, che la sorveglianza elettronica ai confini interni costituisca pratica ad “alto rischio”, sia per il settore in cui opera, quello migratorio, espressamente elencato nell'allegato III del Regolamento¹¹⁴, sia per la natura della tecnologia in sé e per sé considerata, nell'ipotesi in cui la stessa venga potenziata dall'uso della biometria con fini di identificazione o categorizzazione, conformemente a quanto indicato dal medesimo allegato¹¹⁵.

I sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per sorvegliare dovranno, pertanto, essere compatibili con i già accennati obblighi cui sono tenuti gli sviluppatori e gli utilizzatori di tecnologie “ad alto rischio”: tra gli altri, dovranno essere assicurate le misure di sorveglianza umana, il cd. *human oversight*¹¹⁶, la trasparenza e la *data governance*¹¹⁷. E, soprattutto, tali sistemi dovranno essere previamente sottoposti ad una valutazione di impatto

¹¹⁰ Ivi, art. 5, par. 1, lett. h.

¹¹¹ Ivi, art. 5, par. 3.

¹¹² Sull'opportunità di escludere da taluni contesti delicati, come quello migratorio, la tecnica delle decisioni automatizzate fondate su sistemi di intelligenza artificiale, v. in particolare L. JASMONTAITE-ZANIEWICZ, J. ZOMIGNANI BARBOZA, *Disproportionate Surveillance: Technology-Assisted and Automated Decisions in Asylum Applications in the EU?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2021, pp. 89-110

¹¹³ Così, ad esempio, la scansione degli acquirenti che entrano nei supermercati, il controllo dell'ingresso negli stadi, nelle scuole e nei trasporti.

¹¹⁴ Allegato III, paragrafo 7, *AI Act*.

¹¹⁵ Ivi, paragrafo 1.

¹¹⁶ Ivi, artt. 14 e 26.

¹¹⁷ Ivi, art. 10.

sui diritti fondamentali, *ex lege* obbligatoria per le tecnologie ad alto rischio utilizzate dagli “organismi di diritto pubblico”¹¹⁸, come avviene nel caso della sorveglianza elettronica condotta dalle autorità di frontiera. In sede di valutazione d’impatto, i dati utilizzati per la sorveglianza ai confini interni potranno essere scrutinati tenendo conto delle categorie di soggetti interessati e delle particolari vulnerabilità in gioco, effettuando un’analisi dei rischi specifici di danno e prevedendo le misure da adottare qualora tali rischi si concretizzino, compresi i meccanismi di reclamo.

Ciò posto, occorre anche chiarire che, oltre a dover rispettare i requisiti imposti dal Regolamento per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, qualsiasi trattamento di dati biometrici in campi diversi rispetto a quello delle attività di contrasto – laddove sia interessato dall’uso di sistemi di intelligenza artificiale e sia teso ad identificare in modo univoco una persona fisica – resta soggetto¹¹⁹ all’ulteriore rispetto dei requisiti derivanti dall’articolo 9, par. 1, del RGPD, nonché, se effettuato ad opera delle istituzioni dell’Unione, ai requisiti derivanti dall’articolo 10, par. 1, del regolamento (UE) 2018/1725¹²⁰; come si è anticipato, infatti, entrambe le norme vietano il trattamento di dati biometrici, fatte salve limitate eccezioni¹²¹.

Senza dimenticare le ulteriori responsabilità che possono discendere dagli articoli 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali, anche alla luce dell’interpretazione che di essi è stata data dalla Corte di giustizia nei precedenti giurisprudenziali riguardanti le misure di sorveglianza elettronica, nonché dall’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, trattandosi di diritto corrispondente ai sensi dell’art. 52, par. 3, della Carta.

8. Conclusioni

Il nuovo «Codice Frontiere Schengen» tenta di rispondere alla sfida dei confini interni. Che si tratti di un obiettivo di non facile raggiungimento è dato pacifico, non foss’altro per le ovvie implicazioni politiche.

Come si è visto, il rimedio ai continui ripristini delle verifiche di frontiera ai confini nazionali da parte degli Stati membri è stato sostanzialmen-

¹¹⁸ Ivi, art. 27.

¹¹⁹ Ivi, considerando 39.

¹²⁰ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE, in GU del 21 novembre 2018.

¹²¹ Nonché, per gli Stati che ne sono parte, al rispetto dell’art. 6 della Convenzione n. 108. Si veda *infra*, nota 65.

te individuato nel potenziamento dei controlli di polizia, anche attraverso un uso più ampio delle tecnologie di monitoraggio, e nella definizione di una procedura uniforme di trasferimento.

Agli Stati membri vengono di fatto consentiti controlli più incisivi, compresa la sorveglianza elettronica, purché questi non superino il limite invalicabile dell'equivalenza alle verifiche di frontiera. Sempre nell'ottica di un *favor* per le condotte controllanti si colloca la presunzione di non equivalenza di talune tipologie di verifiche interne, quelle che soddisfino le tre condizioni cumulative dettate dall'art. 23.

Ma questa soluzione, che ha il pregio di voler arginare la discrezionalità con cui gli Stati hanno in passato deciso di ripristinare le verifiche di frontiera nelle aeree interne, pare caratterizzata da aspetti parossistici: si punta sull'aumento dei controlli, quantomeno in termini di invasività (se si considera la fattispecie della sorveglianza elettronica), per garantire l'assenza delle verifiche di frontiera; il tutto, in un'area che si dichiara "priva di controlli".

Un utilizzo a "compensazione"¹²² dei controlli di polizia ai confini interni sembra semmai aumentare il rischio di una loro degenerazione nella categoria dei controlli ad effetto equivalente. O comunque, pare indiscutibile che esso sia destinato ad incrementare le difficoltà di distinzione, divenendo i primi ancor più confondibili con i secondi, ed aumentando la necessità di ricorrere a valutazioni caso per caso.

Così, ad esempio, il fatto che l'interessato sia autorizzato a uscire dal territorio di uno Stato membro o a farvi ingresso è questione oggetto del controllo di frontiera, ma può al contempo costituire materia di verifica nel quadro di un controllo volto a contrastare l'immigrazione irregolare¹²³; quando ciò avvenga, la distinzione tra controlli di polizia e controlli ad effetto equivalente alle verifiche di frontiera sembra reggersi essenzialmente sulla diversa finalità dei controlli¹²⁴.

In esito al presente studio pare possibile precisare che tale distinzione dovrebbe altresì reggersi sull'accertamento della natura "non sistematica" dei controlli, elemento che, peraltro, andrebbe soppesato già in seno alla preventiva valutazione del rischio¹²⁵.

Tale conclusione sembra invero avallata da una lettura *a contrario* del nuovo art. 23: l'esercizio da parte delle autorità competenti delle loro competenze è "equivalente" all'esercizio delle verifiche di frontiera, "a meno che" le misure adottate siano state ideate ed eseguite in maniera chiara-

¹²² A compensazione dell'eliminazione delle verifiche di frontiera. Cfr, *infra* p. 5.

¹²³ Art. 2, n. 11, Regolamento (UE) 2016/399.

¹²⁴ Cfr. *infra* p. 6.

¹²⁵ Considerando n. 20

mente distinta dalle verifiche “sistematiche” sulle persone alle frontiere esterne e siano basate su una “valutazione del rischio”.

Resta da capire se la natura delle tecnologie di monitoraggio e sorveglianza, eventualmente potenziate dai sistemi di riconoscimento facciale, possa risultare compatibile con tale richiesta assenza di sistematicità. Di certo siffatte tecnologie andranno sottoposte ad un *fundamental rights impact assessment* ai sensi dell’art. 27 dell’*AI Act*, prima della loro messa in campo.

Vero è che di recente si è registrata un’apertura della Corte di Giustizia rispetto alla validità e all’efficacia delle misure di sorveglianza quale strumento di lotta al terrorismo o, comunque, di contrasto a reati suscettibili di mettere in crisi la sicurezza nazionale¹²⁶, tanto che parte della dottrina ha ritenuto ormai “normalizzato”¹²⁷ il fenomeno della sorveglianza elettronica. A ben guardare, tuttavia, l’attuale panorama giurisprudenziale, sia con riferimento alla Corte di giustizia che alla Corte europea dei diritti dell’uomo, sembra in ultima analisi costellato dalla censura delle misure di sorveglianza nazionale di turno, all’esito del test di stretta necessità; l’approccio scelto è quello di tentare di regolare il più possibile le attività che implicano misure di sorveglianza elettronica, con l’obiettivo di impedirne le degenerazioni attraverso l’esame severo delle normative nazionali che le autorizzano e la verifica delle loro applicazioni in concreto.

Alla luce di quanto esposto, è probabilmente prematuro rispondere alla domanda se la sfida dei confini interni sia stata vinta dal legislatore dell’Unione; come si è visto, la nuova disciplina contenuta nel «Codice Frontiere Schengen» presenta vari elementi di criticità che dovranno superare il vaglio delle sue applicazioni in concreto.

Non sembra però superfluo sottolineare l’importanza dell’avvenuta “comunitarizzazione” della procedura di riammissione informale ai confini interni, ciò che costituisce un indubbio passo in avanti nel processo di in-

¹²⁶ Per un ampio *excursus* sui precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e della Corte EDU riguardanti le misure di sorveglianza si veda F. DI MATTEO, *La riservatezza dei dati biometrici*, cit., pp. 95-108.

¹²⁷ M. NINO, *La normalizzazione della sorveglianza di massa nella prassi giurisprudenziale delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo: verso il cambio di paradigma del rapporto privacy v. security*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, 3, pp. 105-133, p. 120. Per posizioni assonanti si veda anche M. MILANOVIC, *The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för Rättvisa*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 maggio 2021, disponibile online; F. ZORZI GIUSTINIANI, *La normalizzazione della sorveglianza di massa nel contesto della CEDU e il Quarto Oxford Statement sulle tutele offerte dal diritto internazionale nel cyberspazio*, in *Cronache dal cyberspazio*, maggio-agosto 2021, disponibile su www.nomosleattualitaneldiritto.it, pp.1-5.

tegrazione, avendo peraltro determinato un parziale¹²⁸ superamento del meccanismo degli accordi bilaterali di riammissione *ex art. 6, par. 3*, direttiva Rimpatri, ed avendo contribuito a superare la prassi *contra legem* del reiterato ripristino dei controlli alle frontiere interne con un quadro normativo certamente più strutturato.

ABSTRACT

*Oxymorons and other risks at internal borders
in the amendments to the Schengen Border Code*

This paper analyses the recent amendments to the Schengen Borders Code, focusing on the reinforcement of police controls at internal borders and the introduction of a new uniform transfer procedure for third-country nationals found in internal border zones. The study examines the legal implications of these changes, particularly concerning the balance between maintaining an area without internal border controls and ensuring effective management of irregular immigration. The paper also explores the potential use of facial recognition technology in informal readmission procedures, highlighting the challenges and risks associated with this technology.

¹²⁸ Cfr. *infra* p. 3.

IL FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO,
DEL TRANSITO E DEL SOGGIORNO ILLEGALI NELL'UE:
DAGLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA
ALLA PROPOSTA DI UNA NUOVA DIRETTIVA

*Anna Pitrone**

SOMMARIO: 1. La disciplina UE sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale. – 2. I tentativi di riforma. – 3. Gli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE sul favoreggiamento. – 4. La proposta di una nuova direttiva.

1. La disciplina UE sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale

Per molto tempo, in assenza di specifiche previsioni nei trattati istitutivi¹, l'unico riferimento al traffico di migranti era contenuto nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 77, par.1), che impegnava gli Stati parte a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare illegalmente nel territorio di uno Stato parte.

Nel 2002, a seguito del consolidamento della competenza in materia penale dell'Unione, è stato adottato il cd. “pacchetto sul favoreggiamento”, comprendente due strumenti giuridici: la direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a stabilire una definizione comune del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e la decisione quadro 2002/946/GAI che stabilisce sanzioni penali per tale condotta².

La direttiva 2002/90/CE costituisce, nella definizione del reato in oggetto, un passo indietro rispetto alla disposizione previgente, nella misura

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Sul traffico dei migranti ed il diritto primario dell'Unione, si veda M. CARTA, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema UE*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2016.

² Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, Decisione 2002/946/GAI del Consiglio europeo, del 28 novembre 2002. La scelta di separare la disciplina in due distinti atti è stata determinata dalle diverse basi giuridiche: la direttiva ha base giuridica “comunitaria”, in quanto trova fondamento negli allora articoli 61 lett. a) e 63, punto 3), lett. b) del TCE, la decisione quadro trova invece fondamento negli allora articoli 29, 31, lett. e) e 34, par. 2, lett. b) del TUE. Si veda G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2020, III ed., p. 5 ss.

in cui punisce l'aiuto intenzionale prestato al cittadino di Stato terzo ad entrare o a transitare illegalmente nel territorio di uno Stato membro, senza alcun riferimento all'eventuale scopo di lucro; tale condizione è invece prevista per la punizione di chi aiuta intenzionalmente il cittadino di Stato terzo a soggiornare illegalmente in uno Stato membro (art. 1, par. 1). Vero è che la direttiva prevede che gli Stati membri possano decidere di non sanzionare comportamenti che abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria allo straniero (*ivi*, par. 2), tuttavia, gli Stati che hanno introdotto tale deroga nella propria legislazione interna costituiscono una piccola minoranza³ e le relative scelte legislative sono molto diverse fra loro.

Di conseguenza, la normativa contenuta nella direttiva 2002/90/CE appare di discutibile compatibilità con il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aerea⁴, a cui l'Unione europea ha aderito nel 2006⁵. Infatti, tale protocollo definisce il traffico di migranti «the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident» (art. 3). Una siffatta formulazione esclude dal campo di applicazione le organizzazioni che prestano ai migranti assistenza umanitaria. Il Protocollo specifica che affinché una condotta possa essere considerata reato deve contenere l'intenzione di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale (art. 6). Infine, in linea con il suo obiettivo di proteggere i diritti dei migranti trafficati, il Protocollo delle Nazioni Unite vieta la criminalizzazione delle stesse persone trafficate (art. 5), a differenza della direttiva 2002/90/CE che si limita alla definizione del reato di favoreggiamento.

³ Belgio, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Croazia e Italia. Si veda C(2020) 6470 fin., cit., p. 5.

⁴ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/RES/55/25 del 15 novembre 2000.

⁵ Decisione 2006/618/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli 179 e 181 A del trattato che istituisce la Comunità europea; decisione 2006/619/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della parte terza, titolo IV, del trattato che istituisce la Comunità europea.

La mancanza di una definizione, nella normativa UE, dell'assistenza umanitaria ha lasciato un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, anche a quei pochi Stati che hanno recepito la citata deroga per motivi di assistenza umanitaria. Tale deroga, inoltre, limitata all'agevolazione dell'ingresso o del transito illegali, non esclude dalla criminalizzazione chi potrebbe facilitare il soggiorno irregolare, involontariamente o senza guadagno finanziario, ovvero chi, a fronte di un'assistenza al soggiorno, chiede una remunerazione equa e non sfruttatrice per i propri servizi.

La possibile criminalizzazione dell'assistenza umanitaria, inoltre, costituisce anche una violazione di altri obblighi internazionali. Così, il diritto di asilo potrebbe essere violato, nella misura in cui la criminalizzazione di individui e gruppi che assistono le persone che intendono esercitare il loro diritto di chiedere asilo limita la capacità di questi ultimi di farlo; stesse considerazioni valgono nel caso di migranti che rischiano di essere rimpatriati o respinti in violazione del principio di non respingimento. Infine, la criminalizzazione dell'assistenza umanitaria può coinvolgere anche la violazione del diritto alla vita. In questo senso, il Relatore ONU sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie ha sottolineato come «Acts prohibiting or otherwise impeding humanitarian services violate State's obligation to respect the right to life. Any death that may be linked to such prohibition would constitute an arbitrary deprivation of life»⁶.

In definitiva, la vigente normativa dell'Unione contiene ambiguità definitorie che, unitamente all'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri, non riesce ad escludere la violazione dei diritti umani di migranti e profughi, insieme ai diritti di chi non svolge assistenza umanitaria.

2. I tentativi di riforma

In occasione dell'adozione del Piano d'azione dell'UE contro il traffico dei migranti del 2015⁷, la Commissione anticipava la necessità di una riflessione sulla modernizzazione delle norme vigenti, realizzatasi poi attraverso una consultazione pubblica ed una successiva valutazione Refit⁸. Quest'ultima ha confermato la necessità di limitare la definizione del reato in paro-

⁶ Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 6 August 2018, p. 26.

⁷ COM (2015) 285 fin., del 27 maggio 2015, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015 - 2020).

⁸ Programma della Commissione di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione.

la, includendo il requisito del beneficio materiale (o di altro tipo) e/o la previsione di un'esenzione obbligatoria per l'attività degli operatori umanitari⁹.

In quell'occasione, tuttavia, la Commissione ha specificato che il requisito dello scopo di lucro è utile solo per fattispecie di favoreggiamento del soggiorno illegale in cui eventuali pagamenti sono più facilmente tracciabili perché avvengono sul territorio degli Stati membri. Diversamente, prima dell'ingresso risulta difficile tracciare i pagamenti effettuati dai migranti ai trafficanti, effettuati nei Paesi di origine e/o di transito. Tale difficoltà potrebbe intralciare le indagini relative a tali reati ed il conseguente perseguimento degli stessi; diversamente, nel caso del soggiorno irregolare¹⁰.

Si tratta di una distinzione, nondimeno, che appare davvero opinabile perché è evidente che in un ambito criminale il trasferimento di denaro avviene esclusivamente in contanti.

Quanto alla possibilità di rendere obbligatoria l'esenzione dell'assistenza umanitaria, ivi compresa quella durante il soggiorno, la Commissione non ha ritenuto necessaria una revisione del quadro normativo, limitandosi a proporre uno scambio più efficace di informazioni e buone pratiche tra pubblici ministeri, forze dell'ordine e società civile. Evidentemente, non ha ritenuto che simili modifiche avessero una qualche possibilità di essere accettate dalla maggior parte degli Stati membri.

Anche il Parlamento europeo è intervenuto sulla questione con apposita risoluzione, invitando gli Stati membri a recepire la deroga per motivi di assistenza umanitaria prevista dalla direttiva sul favoreggiamento ed esortando la Commissione ad adottare orientamenti destinati agli Stati membri al fine di chiarire quali forme di favoreggiamento non dovrebbero essere configurate come reato¹¹.

3. *Gli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE sul favoreggiamento*

Il Patto per la migrazione e l'asilo adottato dalla Commissione europea nel settembre 2020¹² ha rappresentato un'occasione mancata per intervenire

⁹ SWD(2017) 117 fin., 22 march 2017, Commission staff working document, Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package.

¹⁰ SWD(2017) 117 fin., pp. 9-10.

¹¹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2018, su orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria.

¹² COM (2020) 609 fin., del 23 settembre 2020, 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. *Ex multis*: M. BORRACCETTI, *Il*

sulla configurazione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale a seguito di operazioni di salvataggio in mare e/o nell'attività di assistenza umanitaria a favore delle persone in attesa di ottenere la protezione internazionale. Abbandonata l'intenzione di proporre ai co-legislatori dell'Unione la modifica della normativa vigente, la Commissione ha scelto, infatti, di adottare soltanto degli Orientamenti a carattere non vincolante¹³, che si limitano ad un *restatement* degli obblighi internazionali al cui rispetto sono tenuti gli Stati membri e l'Unione in quanto tale.

Nonostante il meritevole intento di evitare la criminalizzazione dell'assistenza umanitaria, sarebbe stato indubbiamente preferibile promuovere una riforma che tenesse conto dei limiti e delle lacune della normativa vigente, soprattutto considerato il significativo contributo che in questi ultimi anni le ONG hanno assicurato nelle operazioni di ricerca e soccorso in mare condotte nel Mediterraneo¹⁴. È innegabile, infatti, che la loro attività sia stata ostacolata da misure nazionali differenziate sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

In altre parole, la discrezionalità che la normativa dell'Unione sul reato in parola lascia agli Stati membri ha prodotto una situazione di incertezza che colloca le medesime ONG in una "zona grigia" del diritto applicabile¹⁵. Anzi, in alcuni casi, il contesto legislativo vigente ha contribuito all'effetto

nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato? in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, p. 1 ss.; S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, settembre 2020; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post AISUDE II*, 2020, p.1 ss.; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto europeo per la migrazione e l'asilo: contentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 2020; C. FAVILLI, *Il Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2020.

¹³ C(2020) 6470 fin., 23 September 2020, Communication from the Commission, Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

¹⁴ Si veda I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, sulle norme applicabili alle operazioni di ricerca e soccorso in mare e sulla possibilità di applicarle ai casi in cui tali operazioni sono condotte da organizzazioni non governative. Sul ruolo delle ONG nelle recenti operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo, si veda E. COLOMBO, *Il ruolo delle ONG nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo: la necessità di un coordinamento europeo*, in *Quaderni AISDUE*, Fascicolo speciale, Convegno Forum IFA del 13 ottobre 2023, p. 1 ss.

¹⁵ J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, p. 9.

deterrente delle attività umanitarie e, in sostanza, ad un atteggiamento di “*collective indifference*”¹⁶.

La scelta di affidare ad uno strumento di *soft law* la risposta ad una questione ormai matura per una radicale modifica si poneva in linea con l’approccio generale “moderato e conservatore” dell’intero pacchetto di proposte della Commissione sulla migrazione¹⁷.

Con riferimento al traffico di migranti, la Commissione si è limitata sostanzialmente ad annunciare la presentazione, nel secondo semestre 2021¹⁸, di un nuovo Piano d’azione sulla lotta alle reti criminali al fine di rafforzare la cooperazione e il sostegno all’attività delle autorità di contrasto per combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani. In altre parole, niente più di un “promemoria” programmatico.

Negli Orientamenti per l’attuazione delle norme UE relative al favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali¹⁹, la Commissione si concentra sulla definizione del reato di favoreggiamento dell’immigrazione illegale. Richiamandosi al Protocollo alla Convenzione di Palermo, gli Orientamenti ne riprendono la definizione del traffico di migranti (articolo 3), nonché l’interpretazione che l’Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) ha fornito del profitto economico, considerato la finalità stessa del traffico di migranti, e la ragione del coinvolgimento crescente di gruppi criminali organizzati in questo reato.

La Commissione sottolinea che la Guida legislativa per l’applicazione della Convenzione di Palermo afferma «that the reference to “financial or other material benefit” was indeed intended to exclude groups with purely political or social motives», e ha invitato gli Stati «to include safeguards to ensure that faith-based organizations, civil society and individuals acting without any purpose to obtain a financial or other material benefit are excluded from the application of smuggling offences while ensuring that such exclusion cannot be used as a loophole to escape justice».

¹⁶ T. BASARAN, *The saved and the drowned: Governing indifference in the name of security*, in *Security Dialogue*, 2015, pp. 205 ss.

¹⁷ Sulle critiche al Patto si veda A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l’immigrazione e l’asilo*, cit.; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l’asilo*, cit.

¹⁸ Tabella di marcia allegata alla Comunicazione della Commissione COM (2020) 609, cit. Il Piano di azione è stato effettivamente adottato nel 2021, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d’azione rinnovato dell’UE contro il traffico di migranti (2021-2025), del 29 settembre 2021, COM(2021) 591 fin.

¹⁹ Per un commento, si veda A. MARLETTA, *The Commission ‘Guidance’ on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 settembre 2020.

Gli Orientamenti forniscono poi un'interpretazione all'articolo 1 della direttiva 2002/90/CE²⁰ "ancorata" anche ad altri strumenti di diritto internazionale²¹. Il diritto convenzionale, come il diritto consuetudinario, impone agli Stati l'obbligo di richiedere ai comandanti di navi (battenti la bandiera nazionale) di assistere le persone e/o le navi in pericolo, nella misura in cui possono farlo senza gravi pericoli per la nave, l'equipaggio ed i passeggeri. Pertanto, si legge, la direttiva non può essere interpretata nel senso di punire tali attività di salvataggio.

Gli Orientamenti, poi, sottolineano anche come la criminalizzazione delle ONG e di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso in mare costituisca una violazione del diritto internazionale e in quanto tale non possa essere consentita dal diritto UE. La qualificazione di un atto (quale espressione di attività di assistenza umanitaria), quindi, deve essere effettuata caso per caso tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti.

La Commissione, infine, invita gli Stati membri che non lo hanno ancora fatto, ad attuare nella propria legislazione la citata clausola facoltativa (art. 1 par. 2 della direttiva sul favoreggiamento), al fine di rispondere alle crescenti preoccupazioni delle organizzazioni che forniscono assistenza umanitaria, che negli ultimi anni hanno operato in conflitto con le autorità nazionali, con il rischio di sanzioni penali e/o amministrative.

Sebbene gli Orientamenti in commento costituiscano "a commendable reminder"²² del diritto applicabile all'assistenza umanitaria, sarebbe stato auspicabile che la Commissione utilizzasse il proprio potere di iniziativa legislativa almeno per allineare il quadro giuridico dell'UE al diritto internazionale.

4. *La proposta di una nuova direttiva*

Quando sembravano tramontate le speranze di una modifica sostanziale della normativa vigente, o quanto meno di un allineamento del quadro giuridico dell'Unione al diritto internazionale, la presidente von der Leyen, nel suo discorso sullo Stato dell'Unione del settembre 2023, ha annunciato l'aggiornamento del vigente quadro normativo al fine di rafforzare tutti gli

²⁰ Vedi *infra*, par. 1.

²¹ Per un approfondimento si veda M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2019, pp. 5 ss.

²² Si veda A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance'*, cit.

strumenti a disposizione dell'Unione per contrastare efficacemente il traffico di migranti²³.

Così il 28 novembre 2023 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva volta ad aggiornare le disposizioni di diritto penale contenute nella direttiva 2002/90/CE e nella decisione quadro 2002/946/GAI²⁴.

La proposta di direttiva fa parte, inoltre, di un pacchetto di misure volte a rendere operativo l'invito della presidente von der Leyen e che mirano a modernizzare e a rafforzare il quadro giuridico esistente²⁵.

La base giuridica della proposta è l'articolo 83, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che sancisce, come è noto, la competenza dell'UE a stabilire appunto norme minime quando il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri

²³ In dottrina è stato osservato come tale intervento della Commissione sia stato “stimolato” dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del Tribunale di Bologna del luglio 2023. Si veda S. ZIRULIA, *Giornata mondiale del rifugiato: l'occasione per avviare un dibattito sulla depenalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare per ragioni umanitarie*, in *Sistema penale*, 6/2024, e V. MITSILEGAS, *Reforming the EU “Facilitators’ Package”: The new Commission proposal in the light of the Kinsbasa litigation*, in *Eu Migration Law Blog*, 13 febbraio 2024. Il caso riguarda una donna del Congo che nel 2019 giunge in Italia con al seguito due minori. Alla frontiera aerea di Bologna, i passaporti risultano falsi e la donna viene arrestata per aver facilitato l'ingresso irregolare delle due minori, ai sensi dell'articolo 12, comma 3 del TUI, con l'aggravante dell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto e documenti falsi, per un incremento di pena fino a un totale di 15 anni. Su istanza della difesa, il Tribunale di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale di queste aggravanti. L'esame della Corte costituzionale si conclude con la pronuncia d'illegittimità costituzionale per sproporzionalità della pena e, dunque, con la loro abrogazione. Il Tribunale di Bologna ha poi rimesso il caso alla Corte di Giustizia Europea, ritenendo che questa debba valutare se il diritto UE sia effettivamente compatibile con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. V. Corte di Giustizia, causa C-460/23, *Kinsbasa*, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Bologna il 21 luglio 2023, procedimento penale a carico di OB. Si veda V. MITSILEGAS, *Reforming the ‘Facilitators’ Package’ through the Kinsa litigation: Legality, Effectiveness and taking International Law into account*, in *Eurojus*, 2024, pp. 155 ss.

²⁴ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2023, COM (2023)755 fin.

²⁵ Ad esempio, la proposta è accompagnata da una proposta di regolamento della Commissione, che rafforza la cooperazione di polizia e i poteri di Europol nel settore del traffico di migranti e della tratta di esseri umani. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento della cooperazione di polizia nel settore della prevenzione e dell'accertamento del traffico di migranti e della tratta di esseri umani e delle relative indagini, e sul potenziamento del sostegno di Europol alla prevenzione e alla lotta contro tali reati, e che modifica il regolamento (UE) 2016/794, COM(2023)754 fin.

in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione.

La direttiva proposta ha poi un campo di azione più ampio rispetto alla direttiva 90 del 2002, nella misura in cui disciplina le sanzioni da applicare alle diverse fattispecie di reato (art. 1), prevedendo anche pene più severe per i cd. reati aggravati (art. 4)²⁶.

Essa, inoltre, si pone diversi obiettivi; al fine di garantire indagini, azioni penali e sanzioni efficaci nei confronti delle reti della criminalità organizzata responsabili del traffico di migranti, la proposta interviene per fare chiarezza proprio sulla distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e assistenza umanitaria, chiarendo che configura un reato il favoreggiamento perpetrato al fine, o con la promessa, di ricavare un vantaggio finanziario o materiale; ovvero, previsione quest'ultima meno chiara, il favoreggiamento che comporta un'elevata probabilità di arrecare grave danno a una persona, in questo caso anche se perpetrato senza un vantaggio finanziario o materiale (art. 3).

La proposta inoltre considera reato anche l'ipotesi di istigazione pubblica di cittadini di paesi terzi, ad esempio tramite internet, a entrare, transitare e soggiornare illegalmente nell'Unione europea (art. 5).

Solo nei considerando, è specificato che la direttiva proposta non intende configurare come reato la prestazione di assistenza umanitaria, né criminalizzare i cittadini di paesi terzi per il fatto di essere oggetto di traffico.

La proposta intende poi migliorare l'ambito di competenza giurisdizionale, estendendo la giurisdizione degli Stati membri ai casi in cui il favoreggiamento dell'ingresso illegale nell'UE non giunga a buon fine: si tratta ad esempio del caso in cui imbarcazioni non adatte alla navigazione affondano in acque internazionali e quindi prima di raggiungere le acque territoriali di uno Stato membro o di un paese terzo (art. 12).

Infine, la proposta rafforza le risorse degli Stati membri per la prevenzione e la lotta contro il traffico di migranti e migliora la raccolta e la comunicazione dei dati (artt. 14 e 17).

È presto per fare pronostici sui negoziati che seguiranno; certo è bene sottolineare come nella Relazione di accompagnamento della proposta la Commissione evidenzi da un lato la valutazione positiva di diversi portatori

²⁶ Si tratta del reato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale, ovvero che abbia causato un serio pregiudizio o abbia messo in pericolo la vita dei cittadini di paesi terzi che ne sono oggetto; il reato commesso con uso di grave violenza; quello commesso nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, compresi i minori non accompagnati; il reato che abbia causato il decesso dei cittadini di paesi terzi che ne sono oggetto.

di interesse circa il ravvicinamento del quadro penale degli Stati membri, dall'altro ammette che gli Stati membri non hanno invece indicato la necessità di restringere la definizione del reato attualmente in vigore o di introdurre una deroga obbligatoria relativa all'assistenza umanitaria.

Senza dubbio, la proposta della Commissione risulta coerente con il diritto internazionale, in particolare con il protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale includendo il vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale tra gli elementi costitutivi del reato, tuttavia sarebbe stato auspicabile prevedere una definizione dell'assistenza umanitaria, nonché una più ampia tutela delle persone trafficate soprattutto dalla possibile criminalizzazione.

Ora non resta da augurarsi che i negoziati possano procedere nel senso auspicato.

ABSTRACT

*The promotion of illegal entry, transit and residence in the EU:
from the European Commission guidelines
to the proposal for a new directive*

This paper provides an analysis of the evolution of the European Union's legal framework on the facilitation of illegal immigration, focusing on the shift from the 2002 "facilitation package" to the recent proposal for a new directive in 2023. It examines the definition of the crime of facilitation of illegal immigration and its compatibility with international law, particularly regarding the identification of humanitarian assistance. The paper also explores the attempts to reform the legislation and the adoption of non-binding guidelines by the European Commission in 2020, highlighting their limitations in addressing the ambiguities and gaps in the existing legislation. The analysis further delves into the proposed directive, which aims to update and strengthen the legal framework by clarifying the distinction between facilitation of illegal immigration and humanitarian assistance, extending the scope of jurisdiction, and enhancing the resources for the prevention and fight against migrant smuggling. The paper critically assesses the potential of the proposed directive to address the shortcomings of the current legislation and its possible impact on the protection of the human rights of migrants and refugees. It also explores the challenges that lie ahead in the negotiation process and the need for a comprehensive approach that balances the objectives of combating migrant smuggling and safeguarding humanitarian assistance.

Collana

Ordine Internazionale e Diritti Umani

diretta da C. ZANGHÌ, L. PANELLA, C. CURTI GIALDINO

QUADERNI

1. L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, 2016
2. G. GUARINO (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, 2016
3. M. MESSINA (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai Trattati di Roma*, 2017
4. L. PANELLA (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e diritto interno*, 2018
5. C. ZANGHÌ, *Les éléments de la démocratie. Dans les pays du bassin de la Méditerranée*, 2018
6. M. MESSINA, *Strengthening the European Union through the European Citizenship and the Rule of Law - Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte*, 2024

MONOGRAFIE

1. C. PIVIDORI, *Il principio di complementarità della Corte penale internazionale e il processo di adattamento degli ordinamenti interni*, 2016
2. G. GUARINO, *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo. Alla ricerca di una logica (... normativa?)*, 2017
3. A. PITRONE, *Regimi speciali in materia di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea*, 2018
4. F. PERRINI, *Cambiamenti climatici e migrazioni forzate: verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, 2018
5. A.J. PALMA, *Gli atti di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all'equo processo*, 2018.
6. G. ASTA, *La funzione consultiva delle corti regionali dei diritti umani*, 2019
7. L. MANCA, *Il Comitato africano di esperti sui diritti ed il benessere del minore. Profili giuridico-istituzionali e prassi applicative*, 2020
8. E.A. ROSSI, *Corpi intermedi e diritti «metaindividuali» nel sistema CEDU*, 2020
9. M. MESSINA, *La competenza di "piena giurisdizione" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, 2020

10. C. COLACINO, *«Sfruttamento e abuso sessuale» nelle operazioni di pace*, 2020
11. F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell'Unione europea*, 2023
12. G.G. NUCERA, *Le misure di adattamento al cambiamento climatico tra obblighi internazionali e tutela dei diritti umani*, 2023
13. A. PITRONE, *Il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, 2023

Finito di stampare presso
la *Grafica Elettronica* (Na) nel mese dicembre 2024

Non sembra però superfluo sottolineare l'importanza dell'avvenuta "comunitarizzazione" della procedura di riammissione informale ai confini interni, ciò che costituisce un indubbio passo in avanti nel processo di integrazione, avendo peraltro determinato un parziale¹²⁸ superamento del meccanismo degli accordi bilaterali di riammissione *ex art. 6, par. 3, direttiva Rimpatri*, ed avendo contribuito a superare la prassi *contra legem* del reiterato ripristino dei controlli alle frontiere interne con un quadro normativo certamente più strutturato.

ABSTRACT

*Oxymorons and other risks at internal borders
in the amendments to the Schengen Border Code*

This paper analyses the recent amendments to the Schengen Borders Code, focusing on the reinforcement of police controls at internal borders and the introduction of a new uniform transfer procedure for third-country nationals found in internal border zones. The study examines the legal implications of these changes, particularly concerning the balance between maintaining an area without internal border controls and ensuring effective management of irregular immigration. The paper also explores the potential use of facial recognition technology in informal readmission procedures, highlighting the challenges and risks associated with this technology.

¹²⁸ Cfr. *infra* p. 3.

IL FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO,
DEL TRANSITO E DEL SOGGIORNO ILLEGALI NELL'UE:
DAGLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA
ALLA PROPOSTA DI UNA NUOVA DIRETTIVA

*Anna Pitrone**

SOMMARIO: 1. La disciplina UE sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale. – 2. I tentativi di riforma. – 3. Gli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE sul favoreggiamento. – 4. La proposta di una nuova direttiva.

1. La disciplina UE sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale

Per molto tempo, in assenza di specifiche previsioni nei trattati istitutivi¹, l'unico riferimento al traffico di migranti era contenuto nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 77, par.1), che impegnava gli Stati parte a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare illegalmente nel territorio di uno Stato parte.

Nel 2002, a seguito del consolidamento della competenza in materia penale dell'Unione, è stato adottato il cd. “pacchetto sul favoreggiamento”, comprendente due strumenti giuridici: la direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a stabilire una definizione comune del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e la decisione quadro 2002/946/GAI che stabilisce sanzioni penali per tale condotta².

La direttiva 2002/90/CE costituisce, nella definizione del reato in oggetto, un passo indietro rispetto alla disposizione previgente, nella misura

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Sul traffico dei migranti ed il diritto primario dell'Unione, si veda M. CARTA, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema UE*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2016.

² Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, Decisione 2002/946/GAI del Consiglio europeo, del 28 novembre 2002. La scelta di separare la disciplina in due distinti atti è stata determinata dalle diverse basi giuridiche: la direttiva ha base giuridica “comunitaria”, in quanto trova fondamento negli allora articoli 61 lett. a) e 63, punto 3), lett. b) del TCE, la decisione quadro trova invece fondamento negli allora articoli 29, 31, lett. e) e 34, par. 2, lett. b) del TUE. Si veda G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2020, III ed., p. 5 ss.

in cui punisce l'aiuto intenzionale prestato al cittadino di Stato terzo ad entrare o a transitare illegalmente nel territorio di uno Stato membro, senza alcun riferimento all'eventuale scopo di lucro; tale condizione è invece prevista per la punizione di chi aiuta intenzionalmente il cittadino di Stato terzo a soggiornare illegalmente in uno Stato membro (art. 1, par. 1). Vero è che la direttiva prevede che gli Stati membri possano decidere di non sanzionare comportamenti che abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria allo straniero (*ivi*, par. 2), tuttavia, gli Stati che hanno introdotto tale deroga nella propria legislazione interna costituiscono una piccola minoranza³ e le relative scelte legislative sono molto diverse fra loro.

Di conseguenza, la normativa contenuta nella direttiva 2002/90/CE appare di discutibile compatibilità con il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aerea⁴, a cui l'Unione europea ha aderito nel 2006⁵. Infatti, tale protocollo definisce il traffico di migranti «the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident» (art. 3). Una siffatta formulazione esclude dal campo di applicazione le organizzazioni che prestano ai migranti assistenza umanitaria. Il Protocollo specifica che affinché una condotta possa essere considerata reato deve contenere l'intenzione di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale (art. 6). Infine, in linea con il suo obiettivo di proteggere i diritti dei migranti trafficati, il Protocollo delle Nazioni Unite vieta la criminalizzazione delle stesse persone trafficate (art. 5), a differenza della direttiva 2002/90/CE che si limita alla definizione del reato di favoreggiamento.

³ Belgio, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Croazia e Italia. Si veda C(2020) 6470 fin., cit., p. 5.

⁴ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/RES/55/25 del 15 novembre 2000.

⁵ Decisione 2006/618/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli 179 e 181 A del trattato che istituisce la Comunità europea; decisione 2006/619/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, allegato alla convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativamente alle disposizioni del protocollo nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione della parte terza, titolo IV, del trattato che istituisce la Comunità europea.

La mancanza di una definizione, nella normativa UE, dell'assistenza umanitaria ha lasciato un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, anche a quei pochi Stati che hanno recepito la citata deroga per motivi di assistenza umanitaria. Tale deroga, inoltre, limitata all'agevolazione dell'ingresso o del transito illegali, non esclude dalla criminalizzazione chi potrebbe facilitare il soggiorno irregolare, involontariamente o senza guadagno finanziario, ovvero chi, a fronte di un'assistenza al soggiorno, chiede una remunerazione equa e non sfruttatrice per i propri servizi.

La possibile criminalizzazione dell'assistenza umanitaria, inoltre, costituisce anche una violazione di altri obblighi internazionali. Così, il diritto di asilo potrebbe essere violato, nella misura in cui la criminalizzazione di individui e gruppi che assistono le persone che intendono esercitare il loro diritto di chiedere asilo limita la capacità di questi ultimi di farlo; stesse considerazioni valgono nel caso di migranti che rischiano di essere rimpatriati o respinti in violazione del principio di non respingimento. Infine, la criminalizzazione dell'assistenza umanitaria può coinvolgere anche la violazione del diritto alla vita. In questo senso, il Relatore ONU sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie ha sottolineato come «Acts prohibiting or otherwise impeding humanitarian services violate State's obligation to respect the right to life. Any death that may be linked to such prohibition would constitute an arbitrary deprivation of life»⁶.

In definitiva, la vigente normativa dell'Unione contiene ambiguità definitorie che, unitamente all'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri, non riesce ad escludere la violazione dei diritti umani di migranti e profughi, insieme ai diritti di chi non svolge assistenza umanitaria.

2. I tentativi di riforma

In occasione dell'adozione del Piano d'azione dell'UE contro il traffico dei migranti del 2015⁷, la Commissione anticipava la necessità di una riflessione sulla modernizzazione delle norme vigenti, realizzatasi poi attraverso una consultazione pubblica ed una successiva valutazione Refit⁸. Quest'ultima ha confermato la necessità di limitare la definizione del reato

⁶ Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 6 August 2018, p. 26.

⁷ COM (2015) 285 fin., del 27 maggio 2015, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015 - 2020).

⁸ Programma della Commissione di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione.

in parola, includendo il requisito del beneficio materiale (o di altro tipo) e/o la previsione di un'esenzione obbligatoria per l'attività degli operatori umanitari⁹.

In quell'occasione, tuttavia, la Commissione ha specificato che il requisito dello scopo di lucro è utile solo per fattispecie di favoreggiamento del soggiorno illegale in cui eventuali pagamenti sono più facilmente tracciabili perché avvengono sul territorio degli Stati membri. Diversamente, prima dell'ingresso risulta difficile tracciare i pagamenti effettuati dai migranti ai trafficanti, effettuati nei Paesi di origine e/o di transito. Tale difficoltà potrebbe intralciare le indagini relative a tali reati ed il conseguente perseguimento degli stessi; diversamente, nel caso del soggiorno irregolare¹⁰.

Si tratta di una distinzione, nondimeno, che appare davvero opinabile perché è evidente che in un ambito criminale il trasferimento di denaro avviene esclusivamente in contanti.

Quanto alla possibilità di rendere obbligatoria l'esenzione dell'assistenza umanitaria, ivi compresa quella durante il soggiorno, la Commissione non ha ritenuto necessaria una revisione del quadro normativo, limitandosi a proporre uno scambio più efficace di informazioni e buone pratiche tra pubblici ministeri, forze dell'ordine e società civile. Evidentemente, non ha ritenuto che simili modifiche avessero una qualche possibilità di essere accettate dalla maggior parte degli Stati membri.

Anche il Parlamento europeo è intervenuto sulla questione con apposita risoluzione, invitando gli Stati membri a recepire la deroga per motivi di assistenza umanitaria prevista dalla direttiva sul favoreggiamento ed esortando la Commissione ad adottare orientamenti destinati agli Stati membri al fine di chiarire quali forme di favoreggiamento non dovrebbero essere configurate come reato¹¹.

3. *Gli Orientamenti per l'attuazione delle norme UE sul favoreggiamento*

Il Patto per la migrazione e l'asilo adottato dalla Commissione europea nel settembre 2020¹² ha rappresentato un'occasione mancata per intervenire

⁹ SWD(2017) 117 fin., 22 march 2017, Commission staff working document, Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package.

¹⁰ SWD(2017) 117 fin., pp. 9-10.

¹¹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2018, su orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria.

¹² COM (2020) 609 fin., del 23 settembre 2020, 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. *Ex multis*: M. BORRACCETTI, *Il*

sulla configurazione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale a seguito di operazioni di salvataggio in mare e/o nell'attività di assistenza umanitaria a favore delle persone in attesa di ottenere la protezione internazionale. Abbandonata l'intenzione di proporre ai co-legislatori dell'Unione la modifica della normativa vigente, la Commissione ha scelto, infatti, di adottare soltanto degli Orientamenti a carattere non vincolante¹³, che si limitano ad un *restatement* degli obblighi internazionali al cui rispetto sono tenuti gli Stati membri e l'Unione in quanto tale.

Nonostante il meritevole intento di evitare la criminalizzazione dell'assistenza umanitaria, sarebbe stato indubbiamente preferibile promuovere una riforma che tenesse conto dei limiti e delle lacune della normativa vigente, soprattutto considerato il significativo contributo che in questi ultimi anni le ONG hanno assicurato nelle operazioni di ricerca e soccorso in mare condotte nel Mediterraneo¹⁴. È innegabile, infatti, che la loro attività sia stata ostacolata da misure nazionali differenziate sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

In altre parole, la discrezionalità che la normativa dell'Unione sul reato in parola lascia agli Stati membri ha prodotto una situazione di incertezza che colloca le medesime ONG in una "zona grigia" del diritto applicabile¹⁵. Anzi, in alcuni casi, il contesto legislativo vigente ha contribuito all'effetto

nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato? in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, p. 1 ss.; S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, settembre 2020; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post AISUDE II*, 2020, p.1 ss.; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto europeo per la migrazione e l'asilo: contentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 2020; C. FAVILLI, *Il Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2020.

¹³ C(2020) 6470 fin., 23 September 2020, Communication from the Commission, Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

¹⁴ Si veda I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, sulle norme applicabili alle operazioni di ricerca e soccorso in mare e sulla possibilità di applicarle ai casi in cui tali operazioni sono condotte da organizzazioni non governative. Sul ruolo delle ONG nelle recenti operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo, si veda E. COLOMBO, *Il ruolo delle ONG nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo: la necessità di un coordinamento europeo*, in *Quaderni AISDUE*, Fascicolo speciale, Convegno Forum IFA del 13 ottobre 2023, p. 1 ss.

¹⁵ J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2017, p. 9.

deterrente delle attività umanitarie e, in sostanza, ad un atteggiamento di “*collective indifference*”¹⁶.

La scelta di affidare ad uno strumento di *soft law* la risposta ad una questione ormai matura per una radicale modifica si poneva in linea con l’approccio generale “moderato e conservatore” dell’intero pacchetto di proposte della Commissione sulla migrazione¹⁷.

Con riferimento al traffico di migranti, la Commissione si è limitata sostanzialmente ad annunciare la presentazione, nel secondo semestre 2021¹⁸, di un nuovo Piano d’azione sulla lotta alle reti criminali al fine di rafforzare la cooperazione e il sostegno all’attività delle autorità di contrasto per combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani. In altre parole, niente più di un “promemoria” programmatico.

Negli Orientamenti per l’attuazione delle norme UE relative al favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali¹⁹, la Commissione si concentra sulla definizione del reato di favoreggiamento dell’immigrazione illegale. Richiamandosi al Protocollo alla Convenzione di Palermo, gli Orientamenti ne riprendono la definizione del traffico di migranti (articolo 3), nonché l’interpretazione che l’Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) ha fornito del profitto economico, considerato la finalità stessa del traffico di migranti, e la ragione del coinvolgimento crescente di gruppi criminali organizzati in questo reato.

La Commissione sottolinea che la Guida legislativa per l’applicazione della Convenzione di Palermo afferma «that the reference to “financial or other material benefit” was indeed intended to exclude groups with purely political or social motives», e ha invitato gli Stati «to include safeguards to ensure that faith-based organizations, civil society and individuals acting without any purpose to obtain a financial or other material benefit are excluded from the application of smuggling offences while ensuring that such exclusion cannot be used as a loophole to escape justice».

¹⁶ T. BASARAN, *The saved and the drowned: Governing indifference in the name of security*, in *Security Dialogue*, 2015, pp. 205 ss.

¹⁷ Sulle critiche al Patto si veda A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l’immigrazione e l’asilo*, cit.; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l’asilo*, cit.

¹⁸ Tabella di marcia allegata alla Comunicazione della Commissione COM (2020) 609, cit. Il Piano di azione è stato effettivamente adottato nel 2021, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d’azione rinnovato dell’UE contro il traffico di migranti (2021-2025), del 29 settembre 2021, COM(2021) 591 fin.

¹⁹ Per un commento, si veda A. MARLETTA, *The Commission ‘Guidance’ on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 settembre 2020.

Gli Orientamenti forniscono poi un'interpretazione all'articolo 1 della direttiva 2002/90/CE²⁰ "ancorata" anche ad altri strumenti di diritto internazionale²¹. Il diritto convenzionale, come il diritto consuetudinario, impone agli Stati l'obbligo di richiedere ai comandanti di navi (battenti la bandiera nazionale) di assistere le persone e/o le navi in pericolo, nella misura in cui possono farlo senza gravi pericoli per la nave, l'equipaggio ed i passeggeri. Pertanto, si legge, la direttiva non può essere interpretata nel senso di punire tali attività di salvataggio.

Gli Orientamenti, poi, sottolineano anche come la criminalizzazione delle ONG e di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso in mare costituisca una violazione del diritto internazionale e in quanto tale non possa essere consentita dal diritto UE. La qualificazione di un atto (quale espressione di attività di assistenza umanitaria), quindi, deve essere effettuata caso per caso tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti.

La Commissione, infine, invita gli Stati membri che non lo hanno ancora fatto, ad attuare nella propria legislazione la citata clausola facoltativa (art. 1 par. 2 della direttiva sul favoreggiamento), al fine di rispondere alle crescenti preoccupazioni delle organizzazioni che forniscono assistenza umanitaria, che negli ultimi anni hanno operato in conflitto con le autorità nazionali, con il rischio di sanzioni penali e/o amministrative.

Sebbene gli Orientamenti in commento costituiscano "a commendable reminder"²² del diritto applicabile all'assistenza umanitaria, sarebbe stato auspicabile che la Commissione utilizzasse il proprio potere di iniziativa legislativa almeno per allineare il quadro giuridico dell'UE al diritto internazionale.

4. *La proposta di una nuova direttiva*

Quando sembravano tramontate le speranze di una modifica sostanziale della normativa vigente, o quanto meno di un allineamento del quadro giuridico dell'Unione al diritto internazionale, la presidente von der Leyen, nel suo discorso sullo Stato dell'Unione del settembre 2023, ha annunciato l'aggiornamento del vigente quadro normativo al fine di rafforzare tutti gli

²⁰ Vedi *infra*, par. 1.

²¹ Per un approfondimento si veda M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2019, pp. 5 ss.

²² Si veda A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance'*, cit.

strumenti a disposizione dell'Unione per contrastare efficacemente il traffico di migranti²³.

Così il 28 novembre 2023 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva volta ad aggiornare le disposizioni di diritto penale contenute nella direttiva 2002/90/CE e nella decisione quadro 2002/946/GAI²⁴.

La proposta di direttiva fa parte, inoltre, di un pacchetto di misure volte a rendere operativo l'invito della presidente von der Leyen e che mirano a modernizzare e a rafforzare il quadro giuridico esistente²⁵.

La base giuridica della proposta è l'articolo 83, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che sancisce, come è noto, la competenza dell'UE a stabilire appunto norme minime quando il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri

²³ In dottrina è stato osservato come tale intervento della Commissione sia stato "stimolato" dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del Tribunale di Bologna del luglio 2023. Si veda S. ZIRULIA, *Giornata mondiale del rifugiato: l'occasione per avviare un dibattito sulla depenalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare per ragioni umanitarie*, in *Sistema penale*, 6/2024, e V. MITSILEGAS, *Reforming the EU "Facilitators' Package": The new Commission proposal in the light of the Kinsbasa litigation*, in *Eu Migration Law Blog*, 13 febbraio 2024. Il caso riguarda una donna del Congo che nel 2019 giunge in Italia con al seguito due minori. Alla frontiera aerea di Bologna, i passaporti risultano falsi e la donna viene arrestata per aver facilitato l'ingresso irregolare delle due minori, ai sensi dell'articolo 12, comma 3 del TUI, con l'aggravante dell'utilizzo di servizi internazionali di trasporto e documenti falsi, per un incremento di pena fino a un totale di 15 anni. Su istanza della difesa, il Tribunale di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale di queste aggravanti. L'esame della Corte costituzionale si conclude con la pronuncia d'illegittimità costituzionale per sproporzionalità della pena e, dunque, con la loro abrogazione. Il Tribunale di Bologna ha poi rimesso il caso alla Corte di Giustizia Europea, ritenendo che questa debba valutare se il diritto UE sia effettivamente compatibile con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. V. Corte di Giustizia, causa C-460/23, *Kinsbasa*, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Bologna il 21 luglio 2023, procedimento penale a carico di OB. Si veda V. MITSILEGAS, *Reforming the 'Facilitators' Package' through the Kinsa litigation: Legality, Effectiveness and taking International Law into account*, in *Eurojus*, 2024, pp. 155 ss.

²⁴ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2023, COM(2023)755 fin.

²⁵ Ad esempio, la proposta è accompagnata da una proposta di regolamento della Commissione, che rafforza la cooperazione di polizia e i poteri di Europol nel settore del traffico di migranti e della tratta di esseri umani. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento della cooperazione di polizia nel settore della prevenzione e dell'accertamento del traffico di migranti e della tratta di esseri umani e delle relative indagini, e sul potenziamento del sostegno di Europol alla prevenzione e alla lotta contro tali reati, e che modifica il regolamento (UE) 2016/794, COM(2023)754 fin.

in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione.

La direttiva proposta ha poi un campo di azione più ampio rispetto alla direttiva 90 del 2002, nella misura in cui disciplina le sanzioni da applicare alle diverse fattispecie di reato (art. 1), prevedendo anche pene più severe per i cd. reati aggravati (art. 4)²⁶.

Essa, inoltre, si pone diversi obiettivi; al fine di garantire indagini, azioni penali e sanzioni efficaci nei confronti delle reti della criminalità organizzata responsabili del traffico di migranti, la proposta interviene per fare chiarezza proprio sulla distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e assistenza umanitaria, chiarendo che configura un reato il favoreggiamento perpetrato al fine, o con la promessa, di ricavare un vantaggio finanziario o materiale; ovvero, previsione quest'ultima meno chiara, il favoreggiamento che comporta un'elevata probabilità di arrecare grave danno a una persona, in questo caso anche se perpetrato senza un vantaggio finanziario o materiale (art. 3).

La proposta inoltre considera reato anche l'ipotesi di istigazione pubblica di cittadini di paesi terzi, ad esempio tramite internet, a entrare, transitare e soggiornare illegalmente nell'Unione europea (art. 5).

Solo nei considerando, è specificato che la direttiva proposta non intende configurare come reato la prestazione di assistenza umanitaria, né criminalizzare i cittadini di paesi terzi per il fatto di essere oggetto di traffico.

La proposta intende poi migliorare l'ambito di competenza giurisdizionale, estendendo la giurisdizione degli Stati membri ai casi in cui il favoreggiamento dell'ingresso illegale nell'UE non giunga a buon fine: si tratta ad esempio del caso in cui imbarcazioni non adatte alla navigazione affondano in acque internazionali e quindi prima di raggiungere le acque territoriali di uno Stato membro o di un paese terzo (art. 12).

Infine, la proposta rafforza le risorse degli Stati membri per la prevenzione e la lotta contro il traffico di migranti e migliora la raccolta e la comunicazione dei dati (artt. 14 e 17).

È presto per fare pronostici sui negoziati che seguiranno; certo è bene sottolineare come nella Relazione di accompagnamento della proposta la Commissione evidenzi da un lato la valutazione positiva di diversi portatori

²⁶ Si tratta del reato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale, ovvero che abbia causato un serio pregiudizio o abbia messo in pericolo la vita dei cittadini di paesi terzi che ne sono oggetto; il reato commesso con uso di grave violenza; quello commesso nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, compresi i minori non accompagnati; il reato che abbia causato il decesso dei cittadini di paesi terzi che ne sono oggetto.

di interesse circa il ravvicinamento del quadro penale degli Stati membri, dall'altro ammette che gli Stati membri non hanno invece indicato la necessità di restringere la definizione del reato attualmente in vigore o di introdurre una deroga obbligatoria relativa all'assistenza umanitaria.

Senza dubbio, la proposta della Commissione risulta coerente con il diritto internazionale, in particolare con il protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale includendo il vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale tra gli elementi costitutivi del reato, tuttavia sarebbe stato auspicabile prevedere una definizione dell'assistenza umanitaria, nonché una più ampia tutela delle persone trafficate soprattutto dalla possibile criminalizzazione.

Ora non resta da augurarsi che i negoziati possano procedere nel senso auspicato.

ABSTRACT

*The promotion of illegal entry, transit and residence in the EU:
from the European Commission guidelines
to the proposal for a new directive*

This paper provides an analysis of the evolution of the European Union's legal framework on the facilitation of illegal immigration, focusing on the shift from the 2002 "facilitation package" to the recent proposal for a new directive in 2023. It examines the definition of the crime of facilitation of illegal immigration and its compatibility with international law, particularly regarding the identification of humanitarian assistance. The paper also explores the attempts to reform the legislation and the adoption of non-binding guidelines by the European Commission in 2020, highlighting their limitations in addressing the ambiguities and gaps in the existing legislation. The analysis further delves into the proposed directive, which aims to update and strengthen the legal framework by clarifying the distinction between facilitation of illegal immigration and humanitarian assistance, extending the scope of jurisdiction, and enhancing the resources for the prevention and fight against migrant smuggling. The paper critically assesses the potential of the proposed directive to address the shortcomings of the current legislation and its possible impact on the protection of the human rights of migrants and refugees. It also explores the challenges that lie ahead in the negotiation process and the need for a comprehensive approach that balances the objectives of combating migrant smuggling and safeguarding humanitarian assistance.

Collana

Ordine Internazionale e Diritti Umani

diretta da C. ZANGHÌ, L. PANELLA, C. CURTI GIALDINO

QUADERNI

1. L. PANELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina*, 2016
2. G. GUARINO (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, 2016
3. M. MESSINA (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai Trattati di Roma*, 2017
4. L. PANELLA (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e diritto interno*, 2018
5. C. ZANGHÌ, *Les éléments de la démocratie. Dans les pays du bassin de la Méditerranée*, 2018
6. M. MESSINA, *Strengthening the European Union through the European Citizenship and the Rule of Law - Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte*, 2024

MONOGRAFIE

1. C. PIVIDORI, *Il principio di complementarità della Corte penale internazionale e il processo di adattamento degli ordinamenti interni*, 2016
2. G. GUARINO, *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo. Alla ricerca di una logica (... normativa?)*, 2017
3. A. PITRONE, *Regimi speciali in materia di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea*, 2018
4. F. PERRINI, *Cambiamenti climatici e migrazioni forzate: verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, 2018
5. A.J. PALMA, *Gli atti di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all'equo processo*, 2018.
6. G. ASTA, *La funzione consultiva delle corti regionali dei diritti umani*, 2019
7. L. MANCA, *Il Comitato africano di esperti sui diritti ed il benessere del minore. Profili giuridico-istituzionali e prassi applicative*, 2020
8. E.A. ROSSI, *Corpi intermedi e diritti «metaindividuali» nel sistema CEDU*, 2020
9. M. MESSINA, *La competenza di "piena giurisdizione" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, 2020

10. C. COLACINO, *«Sfruttamento e abuso sessuale» nelle operazioni di pace*, 2020
11. F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell'Unione europea*, 2023
12. G.G. NUCERA, *Le misure di adattamento al cambiamento climatico tra obblighi internazionali e tutela dei diritti umani*, 2023
13. A. PITRONE, *Il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, 2023

Finito di stampare presso
la *Grafica Elettronica* (Na) nel mese dicembre 2024

Michele Messina è Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Messina, dove è docente di Diritto dell'UE e Diritto dell'UE e digitalizzazione. Nel medesimo Ateneo, è componente del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in "Scienze delle pubbliche amministrazioni". È membro del Comitato di redazione e del Comitato di referaggio di numerose riviste nazionali e internazionali. È stato Course Director e poi Deputy Head of Section presso l'Academy of European Law (ERA) di Treviri. Ha svolto un tirocinio presso la DG Concorrenza della Commissione europea a Bruxelles. Ha trascorso periodi di Visitingship presso l'Université Paris-Est Créteil, la Leiden University, la Columbia University, il King's College London e il British Institute of International and Comparative Law. Ha svolto le funzioni di Non-Governmental Advisor della DG Concorrenza della Commissione europea presso l'International Competition Network. È relatore in numerosi convegni e seminari nazionali e internazionali. È autore di circa cento pubblicazioni.

Il Modulo Jean Monnet "EU CREW – European Citizenship and Rule of Law: Promoting our European way of life" rappresenta il punto di partenza e di ispirazione del presente volume che si sofferma su due importanti, quanto complementari, aree del diritto dell'Unione europea, come la cittadinanza e lo Stato di diritto, da una parte, e l'immigrazione e la sicurezza interna, dall'altra.

L'approfondimento di questi due ambiti risulta prioritario per assicurare quel necessario ulteriore approfondimento del processo di integrazione europea come risposta ai crescenti nazionalismi in un numero sempre maggiore di Stati membri dell'Unione. I contributi raccolti nel presente volume sono suddivisi in due sezioni su «Cittadinanza e Stato di diritto» e su «Immigrazione e sicurezza interna». In particolare, nella prima sezione, l'analisi si concentra, da una parte, sulla cittadinanza europea e il suo rapporto con quelle nazionali, nonché sulla libera circolazione degli status familiari; dall'altra, sullo Stato di diritto, sugli strumenti posti a garanzia dello stesso, sul suo rapporto con il principio dell'ospitalità, il contrasto alla disinformazione e ancora il rapporto con il diritto internazionale privato. Nella seconda sezione, l'analisi si concentra sull'attuazione del nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, su alcuni profili critici riguardanti il trattenimento nelle nuove procedure di frontiera, sull'attuazione della protezione temporanea, sulle modifiche al Codice frontiere Schengen, sul favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'UE, sulla prassi applicativa dei concetti di Stato terzo sicuro e, da ultimo, sulla tutela del migrante dinanzi alle autorità amministrative e ai giudici nazionali e il suo accesso al patrocinio a spese dello Stato.



euro 25,00

isbn 979-12-235-0133-7

